This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Advokat Dr. Josef Jungk
KOMOTAU
Parkstrasse Nr. 3.

Sammlung

von

Civilrechtlichen Entscheidungen

des

k. k. obersten Gerichtshofes.

Herausgegeben

von

Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger

und

Joseph v. Walther.

Zehnter Band.

Zweite Auflage.

Wien.
Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.
1879.

LAW

1872.

Nr. 4421.

Ehebruch als Trennungsgrund: ſtrafgerichtliches Urtheil als unerläßliche Vorausſetzung der Geltendmachung desſelben.

Entſch. v. 3. Jänner 1872, Nr. 10226 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des K. G. Wels v. 26. Oct. 1870, Nr. 1856 und des O. L. G. Wien vom 16. Februar 1871, Nr. 2222). G. H. 1872, S. 101.

A, welcher mittelſt Klage nach §. 115 a. b. G. B. die Trennung ſeiner Ehe mit der B wegen Ehebruches der letzteren begehrte, erbot ſich zum Beweiſe ihrer ehelichen Untreue durch Zeugen, die beſtätigen ſollten, daß die B mit dem C unter einem Dache, in einem Zimmer lebte und ſein Bett theilte. — Die Klage wurde von beiden Untergerichten ohne Zulaſſung des Zeugenbeweiſes abgewieſen. In den obergerichtlichen Motiven iſt geſagt, daß der §. 115 a. b. G. B. die Trennungsklage geſtattet, wenn der andere Ehegatte ſich eines Ehebruches ſchuldig gemacht hat, das Vorhandenſein dieſer Schuld aber durch ein ſtrafgerichtliches Erkenntniß — welches hier nicht beigebracht wurde — bewieſen werden muß, wie dies ſchon der §. 109 ibid. für den leichteren Fall der begehrten Scheidung von Tiſch und Bett vorſchreibt; daß hievon abgeſehen, die Umſtände, welche die Zeugen beſtätigen ſollen, wohl die Vermuthung, nicht aber die rechtliche Gewißheit des Ehebruches begründen würden.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte aus denſelben Gründen die Urtheile der erſten und zweiten Inſtanz.

Nr. 4422.

Unſtatthaftigkeit der Einwendung der Incompetenz auf Grund des Art. VIII des öſterr.-ital. Friedensvertrages vom 3. October 1866.

Plenar-Entſch. v. 3. Jänner 1872, Nr. 12705 (Beſt. des das Urth. des B. G. Trieſt v. 24. März 1871, Nr. 8988, abänd. Urth. des O. L. G. Trieſt v. 9. Juni 1871, Nr. 2805). G. Z. 1872, Nr. 47.

Auf Grund des in Rovigo am 4. Mai 1866 errichteten Vertrages mit der öſterreichiſchen Militärverwaltung, in welchem A die

Ausführung von Befestigungsarbeiten in der Stadt Rovigo übernommen hatte, belangte er im Mai 1870 das k. k. Militärärar beim L. G. in Triest um Zahlung der nach dem Vertrag für die ausgeführten Arbeiten ihm gebührenden Restsumme von 4757 fl. Dagegen wurde von der dortigen Finanzprocuratur in Vertretung des Militärärars die Einwendung der Incompetenz des angerufenen Gerichtes vorgebracht und auf den VIII. Artikel des von Oesterreich mit Italien geschlossenen Friedenstractates vom 3. October 1866, R. G. Bl. Nr. 116, gegründet, durch welchen die Cognition in der anhängig gemachten Streitsache den österreichischen Gerichten entzogen worden sei. Der citirte Artikel lautet: „Die Regierung Sr. Majestät des Königs von Italien tritt in die Rechte und Verbindlichkeiten ein, welche aus den von der österreichischen Verwaltung für speciell das abgetretene Gebiet betreffende Gegenstände des öffentlichen Interesses ordnungsmäßig abgeschlossenen Verträgen entspringen." — Das L. G. hat der vorgebrachten Einwendung in der Erwägung stattgegeben, daß Processe, welche aus Verträgen entstehen, wovon im VIII. Art. des Friedenstractates vom 3. October 1866 die Rede ist, durch diesen Artikel der Competenz der österreichischen Gerichte entzogen worden sind und aufgehört haben, in Oesterreich der Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens zu sein. — Vom O. L. G. wurde die Einwendung aus folgenden Gründen abgewiesen: Den der Klage zum Grund gelegten Vertrag des A mit der vormaligen österreichischen Militärverwaltung in Venetien hat das nun belangte Militärärar selbst anerkannt, dadurch, daß es bis in die neueste Zeit herab dem A auf seine Forderung Anzahlungen leistete. Für den vorliegenden Fall ist der VIII. Art. des Friedenstractates deshalb nicht normgebend, weil derselbe eine nur vom Assignanten und dem Assignaten ohne Theilnahme des Assignatars geschlossene Stipulation enthält, mithin den Letzteren in seinen früher erworbenen Rechten, insbesondere in dem Rechte, seinen saumseligen Compaciscenten auf Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten bei dem zuständigen ordentlichen Forum zu belangen, nicht beeinträchtigen konnte. Die Ausführungen der Finanzprocuratur aber, so weit sie die vorgebliche Unstatthaftigkeit (improcedibilità) der Klage betreffen und so weit sie aus der Interpretation des Friedenstractates hergeleitet werden, berühren vielmehr die meritorische als die processuale Seite der Frage; die Prüfung derselben muß daher einem anderen Stadium der Sache (valutazione ad altra sede) vorbehalten bleiben. — Gegen die obergerichtliche Entscheidung wurde von der Finanzprocuratur die Revisionsbeschwerde ergriffen und in nachstehender Weise ausgeführt: Daß der Vertrag mit A von der österreichischen Militärverwaltung geschlossen und von der letzteren auch nach dem Friedensschluß anerkannt worden ist und daß sie darauf noch Ratenzahlungen geleistet hat, ist gleichgiltig, aus dem Grunde, weil im Friedenstractat die italienische Regierung mit der Uebernahme des ihr abgetretenen Ge-

bietes ausdrücklich alle Verbindlichkeiten Oesterreichs übernommen hat; und was die Ratenzahlungen anbetrifft, so wurden dieselben im Uebergangsstadium geleistet, wodurch das Recht nicht beirrt werden konnte. — Das O. L. G. behauptet, daß das Rechtsverhältniß mit A durch den Friedenstractat nicht berührt worden sei; wenn aber, was nicht bestritten werden kann, der Tractat von dem Staatsoberhaupte kraft der ihm zustehenden Macht geschlossen worden ist und folglich die darin festgesetzten Bedingungen für alle Unterthanen bindend sind, so wird sich dem VIII. Art. des Tractates auch der Vertrag mit A fügen müssen. Staatsrechtliche Verhältnisse sind der Vorschrift des §. 290 a. b. G. B. entzogen. Der Friedenstractat ist nicht privatrechtlich und es wird bestritten, daß dessen Auslegung eine meritorische und nicht eine Frage der Form sei.

Der oberste Gerichtshof hat das Erkenntniß der zweiten Instanz in der Erwägung bestätigt, daß der Vertrag mit A, obgleich von der k. k. Militärverwaltung für Gegenstände des öffentlichen Interesses abgeschlossen, ein rein privatrechtliches Geschäft war, weil einerseits B zur Herstellung von Arbeiten, andererseits die Militärverwaltung zur Zahlung des dafür bedungenen Lohnes sich verpflichtet hat, weshalb die Cognition darüber unzweifelhaft den Gerichtsbehörden zusteht; daß die Finanzprocuratur auch nicht die Zuständigkeit der Gerichte im Allgemeinen, sondern nur die Competenz der österreichischen Gerichte mit der Behauptung ablehnt, daß vermöge Art. VIII des Friedenstractates hiefür ausschließlich die Gerichte des Königreiches Italien competent seien; daß aber der Friedenstractat die Grundsätze des geltenden a. b. G. B. und der J. N. nicht geändert hat, da keine Andeutung hievon in demselben enthalten ist, und folglich das Wesen des Vertrages mit A nicht zerstört hat; und daß A, wenn er die k. k. Militärverwaltung wegen der von ihr verweigerten Erfüllung des Vertrages bei Gericht belangen will, dies eben nur bei dem österreichischen Gerichte thun kann.

Nr. 4423.

Zulässigkeit der Zuschreibung einer noch nicht verbücherten Realität zu einem Landtafelkörper.

Entsch. v. 3. Jänner 1872, Nr. 15320 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Graz v. 15. Nov. 1871, Nr. 13958). G. H. 1872, S. 145. Zeitschrift f. d. Notariat 1873, Nr. 12.

Die sogenannte Tschernutscher Mauthhausrealität zu Jesčа in Krain ist Staatsgut und umfaßt eine Anzahl von Grundstücken. Mit Ausnahme der in der krainerischen Landtafel eingetragenen Parcelle A haben die Bestandtheile dieses Besitzthumes keine Besitzeinlage in einem

öffentlichen Buche (Landtafel oder Grundbuch). Um nun die Ergänzung der landtäflichen Einlage durch den übrigen Grundbesitz der Mauthhausrealität zu bewirken, stellte die Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus in einem an das O. L. G. gerichteten Gesuche das Begehren, daß die Ergänzung der Landtafeleinlage der Parcelle A mittelst Eintragung der übrigen (in dem Gesuche genau bezeichneten) Bestandtheile der Tschernutscher Mauthhausrealität eingeleitet und deren Durchführung angeordnet werde (Gesetz vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 96, §. 1, lit. b, §. 2, §. 20). — Von dem O. L. G. wurde das Gesuch in erster Linie deshalb abgewiesen, weil 1. das Gesetz vom 25. Juli 1871, Nr. 96, vermöge der Ueberschrift (Verfahren zur Richtigstellung von Grund- und Bergbüchern) und des §. 29 (Anwendung des Gesetzes „auch auf Bergbücher") im Vergleiche mit Art. I des Einführungsgesetzes zum allgemeinen Grundbuchsgesetze vom 25. Juli 1871, Nr. 95 (worin — im Gegensatze zu dem nur die Grund- und Bergbücher nennenden Gesetze v. 25. Juli 1871, Nr. 96 — die Wirksamkeit des allgem. Grundbuchsgesetzes für alle öffentlichen Bücher, auch die Land- und Lehentafeln, statuirt wird) auf die Landtafel keine Anwendung habe, und 2. weil, hievon abgesehen, die im §. 1 lit. b und im §. 20 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 96, erwähnte Richtigstellung des Grundbuches nicht in der Ergänzung einer schon vorhandenen Grundbuchseinlage durch Eintragung von Bestandtheilen derselben, die noch in keinem Grundbuche eingetragen sind, sondern nur in der Ergänzung des Grundbuches durch Eintragung einer noch in keinem Grundbuche eingetragenen Liegenschaft besteht.

Auf den Recurs der Finanzprocuratur hat der oberste Gerichtshof das Gesuch derselben bewilligt und dem O. L. G. die Einleitung des im §. 20 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 96, bezeichneten Richtigstellungsverfahrens aufgetragen. In den oberstgerichtlichen Motiven wird zur Widerlegung der obenerwähnten Abweisungsgründe des O. L. G. angeführt: Ad 1. Das Gesetz vom 25. Juli 1871, Nr. 96, enthält nur Bestimmungen, die das allgem. Grundbuchsgesetz ergänzen, was sich auch aus dem II. Artikel des Einführungsgesetzes zum allgem. Grundbuchsgesetze und aus dem §. 3 des letzteren ergibt. Das Grunddbuchsgesetz hat aber nach dem I. Artikel des Einführungsgesetzes zu demselben für alle öffentlichen Bücher, die über Erwerbung, Beschränkung und Aufhebung dinglicher Rechte an den darin eingetragenen Immobilien geführt werden, zur Anwendung zu kommen. Es werden daher in dem allgem. Grundbuchsgesetze mit dem Worte „Grundbuch" alle Arten der erwähnten öffentlichen Bücher bezeichnet. Auch nicht in dem Gesetze vom 25. Juli 1871, Nr. 96, wird zwischen Grundbüchern im engeren Sinne und anderen öffentlichen Büchern unterschieden; von den Bergbüchern mußte in diesem Gesetze nur deshalb eine besondere Erwähnung geschehen, weil dasselbe nach §. 29, wie nach dem IV. Artikel des Einführungsgesetzes das allgem. Grund-

buchsgesetz, auf Bergbücher mit Beobachtung der Vorschriften des allgem. Berggesetzes anzuwenden ist. Ad 2. Aus dem §. 1 lit. b und §. 20 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 96, folgt, daß die Ergänzung eines Grundbuches auch mittelst Zuschreibung von Liegenschaften, die noch in keinem Grundbuche eingetragen sind, zu einer schon vorhandenen Grundbuchseinlage stattfinden kann; und mit Rücksicht auf das Patent v. 7. Sept. 1848, J. G. S. Nr. 1180, die Minist.-Verordn. v. 30. Juni 1858, R. G. Bl. Nr. 100, das Gesetz vom 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18, und den §. 74 des allgem. Grundbuchsgesetzes erscheint die Zuschreibung einer noch nicht verbücherten Liegenschaft zu einem Landtafelkörper als zulässig.

Nr. 4424.

Einfluß einer Verfügung der Verwaltungsbehörde auf die Beurtheilung einer angeblichen Besitzstörung.

Entsch. v. 3. Jänner 1872, Nr. 15509 (Best. des das Decr. des B. G. Neupaka v. 15. Juli 1871, Nr. 3618, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 7. Nov. 1871, Nr. 31362). G. H. 1872, S. 193.

Gegen die in possessorio summariissimo angestellte Klage des A wider B wegen Störung im Besitze eines Weges durch die von B trotz des Verbotes des A wiederholte Benützung desselben, producirte der Beklagte einen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft, womit ihm die Benützung des Weges zum Fahren mit den Worten gestattet wurde, daß A kein Recht habe, ihm in der Benützung entgegenzutreten.

Das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren wurde von dem obersten Gerichtshofe in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz abgewiesen, weil der Beklagte, nachdem ihm durch den Bau der Nordwest-Eisenbahn die frühere Zufahrt zu seinem Grundstücke abgeschnitten worden war, bei der politischen Bezirksbehörde Abhilfe gesucht und die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft erwirkt hat, mit welcher ihm die Ermächtigung zur Mitbenützung des Fahrweges des Klägers ertheilt wurde, daher der Beklagte, indem er davon Gebrauch machte, im guten Glauben und keineswegs eigenmächtig handelte, der §. 339 a. b. G. B. aber, von welchem die kaiserl. Verordnung v. 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, im §. 2 ausgeht, nur eigenmächtige Störungen des Besitzes zum Gegenstande hat.

Nr. 4425.

Umfang der Vollmacht eines Wirthſchaftsdirectors: Legitimation desſelben zur Einklagung von Forderungen aus Vertragsabſchlüſſen ſeiner Vorgänger.

Entſch. v. 4. Jänner 1872, Nr. 7786 (Beſt. des das Urth. des K. G. Pilſen v. 20. Dec. 1870, Nr. 10469, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 27. März 1871, Nr. 9128). G. H. 1872, S. 39.

A belangte als Wirthſchaftsdirector des Gutes X den B auf Zahlung des Kaufgeldes für eine im Jahre 1867 von dem damaligen Wirthſchaftsdirector dem B verkaufte Quantität von Getreide. Der Beklagte wendete ein, 1. daß die Veräußerung der Producte in dem Wirkungskreiſe der Gutsverwaltung nicht gelegen ſei, deren Ermächtigung hiezu vielmehr durch eine beſondere Legitimation ausgewieſen werden mußte; 2. daß A zur Zeit der Anſtellung der Klage nicht Wirthſchaftsdirector des Gutes in X war; 3. daß derſelbe, auch als Wirthſchaftsdirector, ohne eine beſondere auf Anhängigmachung von Proceſſen lautende Vollmacht (§. 1008 a. b. G. B.) zur Klage nicht legitimirt geweſen wäre. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf Abweiſung der Klage, wegen fehlender Proceßlegitimation des A, aus deſſen Beſtellung zum Wirthſchaftsdirector die Berechtigung zur gerichtlichen Vertretung des Gutes nicht folge.

Der oberſte Gerichtshof verurtheilte den B nach dem Klagebegehren unter der Bedingung, daß A durch den Haupteid beweiſet, daß er zur Zeit der Anſtellung der Klage Wirthſchaftsdirector des Gutes X war und daß dem B von der Direction der Gutsverwaltung im Jahre 1867 das in Rede ſtehende Getreide verkauft wurde. Gründe: Eine Gutsverwaltung iſt jedenfalls eine juriſtiſche Perſon und als ſolche fähig, durch ihren Director Verträge abzuſchließen und dadurch Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Da der Director die Gutsverwaltung vorſtellt, iſt er auch berechtigt, die durch Verträge derſelben erworbenen Rechte klagbar zu verfolgen, ohne hiezu eines beſonderen Mandats zu bedürfen, weil er, wenn auch der Vertrag von einem Vorgänger in ſeinem Dienſte geſchloſſen worden iſt, eben als einer der vertragsſchließenden Theile erſcheint. Wird nun durch den Haupteid der Verkauf des Getreides von Seite der Direction der Gutsverwaltung an B bewieſen, ſo ſteht dem Letzteren, welcher damit die Berechtigung der Direction zur Abſchließung des Vertrages anerkannt hat, dermalen nicht zu, dieſe Berechtigung zu beſtreiten. Dies vorausgeſchickt, iſt die Legitimation des A zur Klageanſtellung vorhanden, wenn er beweiſt, daß er zur Zeit der Ueberreichung der Klage Wirthſchaftsdirector des Gutes X war.

Nr. 4426.

Klagbarkeit des zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebenen Darlehens.

Entſch. v. 4. Jänner 1872, Nr. 9271 (Beſt. des das Urth. des B. G. Radmannsdorf v. 14. März 1871, Nr. 845, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 10. Mai 1871, Nr. 4478). G. H. 1872, S. 150.

Der oberſte Gerichtshof hat der Klage des A gegen B pcto. Zurückzahlung von 30 fl., die A dem B zur Fortſetzung eines verbotenen Kartenſpieles auf ſein Anſuchen dargeliehen hatte, mit folgender Begründung ſtattgegeben: Die Vorſchrift des §. 1174 a. b. G. B. kommt zur Anwendung, wenn eine unmögliche oder eine unerlaubte Handlung der Gegenſtand des geſchloſſenen Vertrages war. Eine ſolche Handlung muß daher zur Bedingung des Rechtsgeſchäftes gemacht worden ſein. In dem vorliegendem Falle war aber die Verwendung der von A dem B geborgten 30 fl. zum verbotenen Spiele nicht die Bedingung des Darlehens. Der Umſtand, daß das Darlehen bei jenem Spiele verwendet wurde, iſt von keinem Belange; dieſe Verwendung, obgleich eine unerlaubte Handlung, kann, da ſie unabhängig von dem Darlehensvertrag geſchah, die Nichtigkeit desſelben nicht bewirken (§. 878 a. b. G.B.).

Nr. 4427.

Vermächtniß einer jährlichen „Penſion“: Verjährungsfriſt.

Entſch. v. 4. Jänner 1872, Nr. 11401 (Beſt. des Urth. des K. G. Leitmeritz v. 31. Dec. 1870, Nr. 1630, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 12. April 1871, Nr. 10107). G. H. 1872, S. 501.

Nach dem Tode des M, der ſeinen ſämmtlichen Förſtern eine jährliche lebenslängliche „Penſion“ von 150 fl. vermacht hatte, trat A, einer der Bedachten, in einen anderen Dienſt, in welchem er fünf Jahre bis zu ſeinem Tode zubrachte. Nach dem Verlaufe von 11 Jahren ſeit dem Tode des A belangten deſſen Erben den B als Erben des M auf Zahlung der ſeit dem Todestage des M bis zu jenem des A verfallenen fünf Penſionsannuitäten im Geſammtbetrage von 750 fl. Der Beklagte wendete ein, daß A dieſe fünf Jahre hindurch in einem Dienſt geweſen ſei, daher auf eine „Penſion“, d. i. Ruhegehalt keinen Anſpruch gehabt habe und daß dieſe Forderung jedenfalls durch die Triennalverjährung nach §. 1480 a. b. G. B. erloſchen ſei. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte nach dem Klagebegehren, das O. L. G. gegen dasſelbe.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil. Gründe: Unter dem Ausdrucke „Penſion“ iſt im Allgemeinen der in gewiſſen Zeitabſchnitten wiederkehrende Bezug, reſp. Leiſtung von Geld oder Naturalien zu verſtehen. Darum wird auch das in gewiſſen

Zeitabschnitten zu zahlende Geld für Kost und Wohnung, „Pension“ und die Anstalt, welche für ein solches wiederkehrendes Entgelt Kost und Wohnung gibt, „Pensionat“ genannt, und nur aus diesem Grunde auch der Ruhegehalt eine „Pension“ genannt. — Der §. 1480 a. b. G. B. ist auf den vorliegenden Fall deshalb nicht anwendbar, weil es sich hier nicht um einzelne Jahresraten eines schon in das Leben getretenen Annuitätenlegates, sondern erst um die Realisirung eines solchen, bisher ganz unerfüllt gebliebenen Vermächtnisses handelt, das Recht des Legatars aber nach der Regel des §. 1479 ibid. erst in 30 Jahren verjährt und auch in dieser Frist nur unter der Voraussetzung, daß es an sich hätte ausgeübt werden können (§. 1478 a. b. G. B.). Diese Voraussetzung tritt hier nicht ein, da der wesentliche Umstand, daß dem A wenigstens drei Jahre vor seinem Tode schon der Anfall des im Testamente des M ihm ausgesetzten Legates bekannt geworden war, von den Klägern geläugnet und von dem Beklagten nicht bewiesen wurde. Aus diesem Grunde wäre die eingeklagte Forderung selbst dann nicht als verjährt anzusehen, wenn sie unter die Verjährungsvorschrift des §. 1480 a. b. G. B. fiele.

Nr. 4428.

Weiterveräußerung und Tradition einer dem (ersten) Käufer zur Disposition gestellten Sache: Qualification des dem (ersten) Käufer zustehenden Anspruches.

Entsch. v. 5. Jänner 1872, Nr. 13529 (Best. des Urth. des B. G. Jaromierz v. 22. Juli 1871, Nr. 6051, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 19. Sept. 1871, Nr. 29141). G. Z. 1872, Nr. 49.

Nach den im Wesentlichen vom Beklagten B zugegebenen Anführungen der Klage des A hat dieser von B ein Kalb um den Betrag von 7 fl. und ein übliches Trinkgeld von 50 kr. für die Schaffnerin des B gekauft und mit dem Verkäufer, welchem er sofort die 7 fl. zahlte, das Uebereinkommen getroffen, nach seiner Rückkehr von dem Orte N, wohin A sich begeben wollte, das Kalb aus dem Stalle des B holen zu können. Von N zurückgekommen, fand A nicht mehr das Kalb im Stalle, welches inzwischen einem Dritten — ob von B selbst oder von seiner Schaffnerin, nach oder ohne Auftrag des B, ist nicht festgestellt — verkauft und übergeben worden war. Darauf gründete A das Klagebegehren, daß B schuldig erkannt werde, ihm das verkaufte Kalb binnen 14 Tagen zu übergeben. Der Beklagte machte folgende Einwendungen: 1. Damit, daß er dem Kläger in obiger Weise das Kalb zur Disposition (Wegführung aus dem Stalle) stellte, habe er die Uebergabe desselben vollzogen; 2. davon abgesehen und angenommen, daß hiemit nicht übergeben worden sei, könne A die

Uebergabe deshalb nicht fordern, weil er die für die Schaffnerin bedungenen 50 fr. noch nicht gezahlt hat, folglich seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt habe (§. 1052 a. b. G. B.). — Aus der Prüfung dieser Einwendungen gewann die erste Instanz die Ueberzeugung, daß der Klageanspruch dadurch entkräftet werde und wies den Kläger ab. — Das O. L. G. erkannte dieselben für ungegründet und verurtheilte den B nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen das Urtheil der ersten Instanz: Die Erklärung des B, daß A nach seiner Rückkehr von N sich das Kalb aus dem Stalle nehmen möge, ist, wie das O. L. G. mit Recht erkannt hat, keine wirkliche Tradition desselben an A im Sinne der §§. 426—428 a. b. G. B. Die Uebergabe des Kalbes erfolgte vielmehr — gleichviel ob durch B selbst oder durch seine Schaffnerin — an den zweiten Käufer. Hat aber der Eigenthümer einer beweglichen Sache dieselbe an zwei verschiedene Personen, der einen mit, der anderen ohne Uebergabe veräußert, so gebührt die Sache Demjenigen, welchem sie übergeben worden ist und hat der Eigenthümer dem verletzten Theil zu haften (§. 430 a. b. G. B.). Das von diesem Letzteren, A, auf Uebergabe des ihm verkauften Kalbes gestellte Begehren ist somit gesetzlich nicht begründet. — Selbst wenn man in der vorerwähnten Erklärung des B eine Tradition an A finden wollte, müßte die Klage abgewiesen werden, weil in diesem Falle A das Eigenthum der Sache bereits erworben hätte, mithin die vorliegende Klage die Eigenthumsklage wäre, in welcher A nach §. 369 a. b. G. B. zu beweisen gehabt hätte, daß der Beklagte die vindicirte Sache in seiner Macht habe, was aber von A nicht einmal angeführt worden ist und wovon vielmehr das Gegentheil aus dem Inhalte der Klage hervorgeht.

Nr. 4429.

Zahlungsübernahme?

Entsch. v. 5. Jänner 1872, Nr. 14721 (Best. des das Urth. des B. G. Brünn v. 3. August 1871, Nr. 17890, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 17. Oct. 1871, Nr. 11688). G. Z. 1872, Nr. 48.

A belangte die B als Universalerbin des M wegen Zahlung von 49 fl. für Tischlerarbeiten, welche A dem C, ehemaligem Miethsmann des M, zur Einrichtung der gemietheten Localität geliefert hatte, und begründete den sonach gegen eine dritte Person gestellten Zahlungsanspruch mit der Anführung, daß M nach dem Auszuge des C ihm erklärt habe: er werde sich wegen dieser Arbeiten mit ihm ausgleichen. Der auf den Widerspruch der Beklagten derselben aufgetragene und von ihr dem Kläger zurückgeschobene Haupteid war in folgender Weise gefaßt: „A habe den M gefragt: ob er die für C gelieferten Tischlerarbeiten übernehmen werde, oder ob er, A, dieselben

wegnehmen ſoll; darauf habe M geantwortet, er werde ſich das nicht anthun laſſen, daß A die Arbeiten wegnehme, ſodann aber verſprochen, daß er ſich mit ihm vergleichen werde." — Das Gericht erſter Inſtanz hat die Klage ohne Weiteres abgewieſen, weil die Aeußerung des M, worüber der Haupteid aufgetragen iſt, nicht eine mit allen Erforderniſſen des §. 869 a. b. G. B. verſehene Erklärung ſei, mithin die Pflicht desſelben zur Zahlung der Schuld des C nicht begründen könne. — Vom O. L. G. wurde unter der Bedingung des Haupteides dem Klagebegehren aus folgenden Gründen ſtattgegeben: Wenn die im obigen Haupteide enthaltenen Umſtände bewieſen werden, ſo iſt damit außer Zweifel geſtellt, daß M auf Befragen des Klägers die Wegnahme der von dem Letzteren gelieferten Arbeiten abgelehnt hat; dann aber konnte ſein darauf geleiſtetes Verſprechen, daß er mit dem Kläger ſich ausgleichen werde, nach §. 863 a. b. G. B. keinen anderen Sinn haben, als daß er ſich damit verpflichtete, dem Kläger für die nach Beſtellung des C gelieferten und im Hauſe des M verbliebenen Arbeiten eine Vergütung zu leiſten. Da die Höhe des vom Kläger geforderten Preiſes der Arbeiten beklagterſeits nicht angefochten wurde, ſo mußte alſo die Proceßentſcheidung lediglich von dem erwähnten Haupteide abhängig gemacht werden.

Der oberſte Gerichshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz, weſentlich aus denſelben Gründen.

Nr. 4430.

Simultanhypothek: Löſchung einer der beiden Hypotheken in Folge von Schuldtilgung; Erwerbung der anderen „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher"?

Entſch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 9167 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Mureck v. 23. März 1870, Nr. 1182 und des O. L. G. Graz v. 7. Dec. 1870, Nr. 12058). G. Z. 1872, Nr. 46. Jur. Bl. 1872, Nr. 15.

Die auf den Grundſtücken Nr. 70 und 72 ſimultan verſicherte Forderung des C wurde von B, bücherlichem Eigenthümer der Grundſtücke, dem C zurückgezahlt, jedoch nur bei Nr. 70 gelöſcht. Darauf wurde ſie im Executionswege dem A, Gläubiger des C, eingeantwortet, welcher die Superintabulation beim Grundſtücke Nr. 72 erwirkte und ſodann den B als Beſitzer dieſes Grundſtückes mit der Pfandklage belangte. — Beide Untergerichte haben dem Klagebegehren nach §. 469 a. b. G. B. ſtattgegeben, ohne die vom Beklagten dem C geleiſtete Zahlung zu berückſichtigen.

Vom oberſten Gerichtshofe hingegen wurde der Kläger aus den nachſtehenden Gründen abgewieſen: Aus der Beſtimmung des §. 469 a. b. G. B., wonach bis zur Löſchung der Schuldurkunde das Hypothekargut verhaftet bleibt, folgt, daß der Dritte, welcher im Vertrauen auf das öffentliche Buch eine Einverleibung auf der noch haftenden

Hypothek erwirkt, hiedurch das Pfandrecht erwirbt. Allein aus der von B vorgelegten Quittung des C vom 8. Juli 1863 geht hervor, daß er demſelben das auf der Liegenſchaft Nr. 70 haftende Capital von 200 fl. bezahlt hat. Die Beweiskraft dieſer Quittung muß der Kläger A gegen ſich gelten laſſen, weil er durch die executive Einantwortung dieſer Forderung an die Stelle des C getreten iſt. Es iſt ferner durch das der Quittung beigeſetzte Zeugniß des Grundbuchsamtes erwieſen, daß jene Forderung auf Grund der Quittung bei der Liegenſchaft Nr. 70 am 20. Juli 1863 gelöſcht wurde. Es iſt weiters unbeſtritten, daß die Forderung auf den Liegenſchaften Nr. 70 und 72 ſimultan haftete, und der Kläger hat laut den von ihm producirten Belegen am 13. November 1868 die executive Einantwortung der Forderung von beiden Liegenſchaften angeſucht und darauf den bewilligenden Beſcheid vom 24. November 1868 erhalten, deſſen Vollziehung aber bei der Liegenſchaft Nr. 70 in Folge der vorerwähnten grundbücherlichen Löſchung vom Jahre 1863 unterbleiben mußte. Unter dieſen Verhältniſſen konnte der Kläger bei Anwendung der gehörigen Aufmerkſamkeit aus dem öffentlichen Buche erſehen, daß die Forderung, deren executive gundbücherliche Einantwortung er anſtrebte, bereits im Jahre 1863 gezahlt und gelöſcht war und er kann ſich nicht mehr darauf berufen, daß er nur im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Forderung erworben habe. Dem Geſagten zufolge wurden im Sinne des Hofdcr. v. 15. Febr. 1833, J. G. S. Nr. 2593, die gleichförmigen Entſcheidungen der Untergerichte abgeändert und die Pfandklage des A abgewieſen.

Nr. 4431.

Unzuläſſigkeit der Zahlungsverweigerung an den vom Schuldner anerkannten Gläubiger wegen eines von einem Dritten erhobenen Anſpruches auf die Forderung. Unſtatthaftigkeit der Verurtheilung des Schuldners zur Hinterlegung ſtatt zur begehrten Zahlung.

Entſch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 9326 (Beſt. des das Urth. des B. G. Curzola v. 23. Juli 1870, Nr. 1665, abänd. Urth. des O. L. G. Zara v. 29. März 1871, Nr. 112). G. Z. 1872, Nr. 44.

A belangte im Jahre 1868 den B auf Zahlung einer Darlehensforderung von 150 fl. mit Vorlage des Schuldſcheines, gemäß welchem B das Darlehen aus den Geldern einer Gemeinſchaft empfangen hatte, und der über die Aufhebung der Gemeinſchaft und Theilung des Vermögens errichteten Urkunden, worin die eingeklagte Forderung dem A als Gläubiger zugewieſen worden iſt. Der Beklagte, welcher die producirten Titel nicht beſtritt und auch zugeſtand, dem A nach dem Uebergang der Forderung auf denſelben Zinſen gezahlt und die

baldige Zurückzahlung des Capitals verſprochen zu haben, wendete ein, daß er im Jahre 1867 von C, einem Theilnehmer an der — damals bereits aufgehobenen — Gemeinſchaft, auf die Zahlung der nämlichen Forderung belangt wurde und jener Proceß, den er ſofort dem A verkündigte, noch ſchwebt, weshalb er nicht verurtheilt werden könne, dem A, deſſen Forderungsrecht demnach zur Zeit in Frage geſtellt ſei, ohne Weiteres Zahlung zu leiſten. — In Folge dieſer Einwendung, deren factiſches Subſtrat von B ausgewieſen wurde, verurtheilte ihn das Gericht erſter Inſtanz zur gerichtlichen Hinterlegung der Klageſumme, anſtatt zur Zahlung an A. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren. In den Motiven wird zuvörderſt die Entſcheidung der erſten Inſtanz als geſetzwirig qualificirt, weil der Richter das Parteienbegehren nicht im Weſentlichen ändern, ſondern — ganz oder zum Theil — zulaſſen oder abweiſen dürfe, und weil die vom Richter erſter Inſtanz dem B aufgetragene Depoſition des Geldes, da die Erhebung desſelben dem A nicht freigeſtellt wird, anſtatt die Wirkung der Zahlung zu haben, nur als eine von den Parteien nicht geforderte Vorſichtsmaßregel ſich darſtelle, welche jedenfalls von ihnen hätte beantragt und gehörig erörtert werden müſſen. Sodann wird die von B gegen den Klageanſpruch vorgebrachte Einwendung als unbegründet erklärt, weil die Gläubigerſchaft des A durch die von ihm producirten, beklagterſeits nicht beſtrittenen Titel ausgewieſen, von B durch ſeine Zinſenzahlung zu Händen des A und das durch denſelben geleiſtete Verſprechen der Zahlung des Capitals ſelbſt anerkannt, mithin in vollkommen geſetzlicher Weiſe feſtgeſtellt worden ſei, ſo daß B blos deshalb, weil auch von anderer Seite wegen der nämlichen Forderung gegen ihn der gerichtliche Anſpruch erhoben wurde, dem A die Zahlung nicht verweigern könne.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil des O. L. G. mit Feſthaltung der Gründe desſelben und in weiterer Erwägung, daß B, ſeitdem er den A als ſeinen Gläubiger anerkannt und die Schuld dieſem gegenüber auf ſich genommen hat, ſich nicht mehr der Pflicht entſchlagen kann, die Zahlung dem A zu leiſten, welcher ſeinerſeits ihm zur Gewährleiſtung gegen den Anſpruch eines Dritten verbunden iſt und im Proceß den Originalſchuldſchein zum Behufe der Zurückſtellung an den Zahler nach §. 1428 a. b. G. B. zu den Acten gelegt hat.

Nr. 4432.

Eheſcheidung wegen ſchwerer Mißhandlung: Qualification derſelben.

Entſch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 14841 (Beſt. des das Urth. des K. G. Kornenburg v. 3. Juni 1871, Nr. 1338, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 13. Sept. 1871, Nr. 17270). G. H. 1872, S. 129.

Bei der Entſcheidung eines wegen Scheidung von Tiſch und Bett angeſtrengten Proceſſes hat der oberſte Gerichtshof in den Motiven aus-

geſprochen, daß die ſchwere Mißhandlung, wegen welcher nach §. 109 a. b. G. B. die Scheidung begehrt wird, nicht den Charakter einer im Sinne des Strafgeſetzes ſchweren körperlichen Beſchädigung an ſich tragen oder doch ſichtbare Merkmale und Folgen zurückgelaſſen haben muß; daß vielmehr er der Beurtheilung des Richters überlaſſen bleiben muß, ob die Mißhandlung nach Beſchaffenheit der Umſtände als eine ſchwere anzuſehen ſei, ſo wie es gleichfalls ihm anheim geſtellt iſt, zu beurtheilen, ob die zugefügten Kränkungen ſehr empfindlich waren. Nach dieſen Erwägungen hat der oberſte Gerichtshof der Scheidungsklage der dem Bauernſtande angehörenden Frau, die von ihrem Manne geohrfeigt, mit dem Ochſenziemer mißhandelt und vor einem Dritten in brutaler Weiſe geſchlagen worden war, ſtattgegeben.

Nr. 4433.

Reſtitutionsproceß ob noviter reperta: Cautio actoria.

Entſch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 30 (Beſt. des das Urth. des B. G. Stein v. 27. Mai 1871, Nr. 2213, aufheb. Decr. des O. L. G. Graz v. 8. Oct. 1871, Nr. 7877). G. Z. 1872, Nr. 59. Jur. Bl. 1872, Nr. 25.

Einige Tage vor dem Verhandlungstermin, welcher auf die Reſtitutionsklage ob noviter reperta des A gegen B mit dem Beiſatze feſtgeſetzt worden war, daß im Falle des Ausbleibens des B von der Tagfahrt die begehrte Reſtitution als bewilligt angeſehen und ſofort in der Hauptſache verhandelt werden würde, überreichte B das Geſuch um Ertheilung des Auftrages an den angeblich mittelloſen Reſtitutionskläger zur Leiſtung der actoriſchen Caution und um Auflaſſung der Tagfahrt oder mindeſtens Ueberlegung derſelben auf einen ſpäteren der Cautionsleiſtung nachfolgenden Termin. Auch auf dieſes Geſuch wurde die Parteienverhandlung und zwar auf einen ſpäteren Termin, als der zum Reſtitutionsproceß anberaumte, angeordnet. Nachdem nun die Tagfahrt zur Reſtitutionsverhandlung von Seite des Beklagten B und die auf das Geſuch des letzteren um Leiſtung der actoriſchen Caution anberaumte Tagfahrt von Seite des Klägers A unbeſucht geblieben war und in beiden Fällen die erſchienene Partei die Contumacirung des Gegners begehrt hatte, ſchöpfte das Gericht erſter Inſtanz zur Erledigung der ganzen Angelegenheit das Urtheil, daß A in den vorigen Stand wieder eingeſetzt ſei, wenn er beſchwört, daß die neuen Behelfe ihm erſt ſpäter bekannt geworden ſeien, und entweder dem B hinlängliche Sicherheit für die durch dieſe neuerliche (Reſtitutions-) Klage erlaufenden Koſten mittelſt gerichtlichen Erlages einer entſprechenden Geldſumme leiſtet oder ſein Unvermögen zur Leiſtung einer Caution beſchwört. — In Erwägung, daß vor der definitiven Erledigung des in Mitte liegenden Geſuches des B um Leiſtung der actoriſchen Caution und Auflaſſung, reſp. Ueberlegung der für den

Restitutionsproceß anberaumten Tagfahrt, nach §. 406 a. G. O. in der Hauptsache gar nicht vorgegangen werden konnte; daß das erwähnte Gesuch dem A noch vor dieser Tagfahrt zuzustellen oder bei derselben vorzuzeigen, jedenfalls aber sein dabei gestelltes Begehren um Schöpfung des Contumacialerkenntnisses in der Hauptsache auf die über das Gesuch des B bereits angeordnete spätere Tagfahrt zu verweisen, nach Abhaltung derselben über das Gesuch des B abgesondert zu entscheiden und nach eingetretener Rechtskraft dieser Entscheidung und nach Erfüllung der dem Kläger etwa darin aufgetragenen Verpflichtungen (zur Leistung der actorischen Caution oder Beschwörung des Unvermögens dazu) auf Anlangen des einen oder des anderen Streittheiles eine neue Tagfahrt für die Hauptsache anzuordnen war, — hat das O. L. G. auf die Appellation beider Parteien das erstgerichtliche Urtheil als verfrüht und gerichtsordnungswidrig aufgehoben und dem Gerichte erster Instanz aufgetragen, auf das Gesuch des B um Leistung der actorischen Caution einen neuen Termin mit dem Anhang der §§. 29 und 406 a. G. O. zu bestimmen, erst diese Frage der rechtskräftigen Entscheidung zuzuführen und sodann weiter auf gerichtsordnungsmäßigem Wege vorzugehen.

Der Recurs des A gegen diese Verordnung wurde vom obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die obergerichtlichen Motive verworfen.

Nr. 4434.

Aufhebung der Kosten des Restitutionsverfahrens wegen Verschulden des Impetraten.

Entsch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 114 (Best. des Decr. des O. L. G. Wien v. 2. Nov. 1871, Nr. 20946. G. Z. 1872, Nr. 20.

Auf das Gesuch des Geklagten B peto. Rechtfertigung seines Ausbleibens von der Verhandlung über die Klage des A wurde die Restitutionsverhandlung durchgeführt, deren Kosten das O. L. G. — gegen die Vorschrift des Patentes vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31 — gegenseitig aufhob.

Auf den Recurs des A bestätigte der oberste Gerichtshof diese Entscheidung, „weil der Recurrent bei der auf seine Klage anberaumten Tagsatzung unter der nachher als unrichtig erkannten Angabe, daß die Zustellung seiner Klage zu eigenen Handen des Geklagten nachgewiesen sei, die Schöpfung des Contumazerkenntnisses gegen denselben verlangt und erwirkt hat, somit selbst Schuld trägt, daß der Geklagte zur Vermeidung allfälliger nachtheiliger Folgen das Gesuch um Ausbleibensrechtfertigung eingebracht hat, und weil der Geklagte gegen die obergerichtliche Verordnung, womit die Zustellung der Klage an ihn als nachgewiesen angesehen wurde, den Recurs- und gegen das hierüber

erfolgte Contumazerkenntniß die Nullitätsbeschwerde überreicht hat, daher die bezügliche Erledigung abzuwarten war und der Kläger, wenn er dessenungeachtet vermeinte, sich dem Ausbleibens-Rechtfertigungsgesuch widersetzen und hierüber verhandeln zu können, auch die ihm hiedurch verursachten Kosten selbst zu tragen hat".

Nr. 4435.

Unterlassung der Entscheidung des Kostenpunktes im Urtheil: Nullität?

Entsch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 159. Jur. Bl. 1872, Nr. 4.

Das von dem sachfälligen Beklagten angefochtene Urtheil erster Instanz wurde in zweiter Instanz vollen Inhaltes bestätigt. Das Erkenntniß des O. L. G. enthielt aber nicht den Ausspruch über die in der Appellationseinrede verzeichneten Kosten, welche dem Kläger durch die Appellation des Beklagten verursacht worden waren, und deshalb ergriff der Erstere die Nullitätsbeschwerde gegen das Urtheil der zweiten Instanz.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Beschwerde, weil das Versehen des O. L. G. auf den Inhalt des Spruches, soweit ein solcher ergangen ist, keinen Einfluß genommen hat, daher kein Anlaß vorhanden ist, das obergerichtliche Urtheil aufzuheben, sondern es sich nur um eine Ergänzung desselben handelt, und trug dem O. L. G. auf, nachträglich zu seinem Urtheile über das Begehren des Klägers um Ersatz der erwähnten Kosten zu erkennen.

Nr. 4436.

Mobilienexecution: Einfluß der behaupteten Pertinenzqualität der gepfändeten Sachen auf den Fortgang der Execution.

Entsch. v. 9. Jänner 1872, Nr. 160 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Großenzersdorf v. 20. Oct. 1871, Nr. 4228 und des O. L. G. Wien v. 2. Nov. 1871, Nr. 22067). G. H. 1872, S. 113.

Nachdem die von dem H. G. dem A bewilligte Pfändung von bereits getrennten Feldfrüchten seines Schuldners B durch das requirirte B. G. des Aufbewahrungsortes der Früchte vollzogen worden war, begehrte A bei letzterem Gerichte die Anlegung der engen Sperre an den gepfändeten Sachen. — Dieses Gesuch wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, in zweiter Instanz mit der Motivirung, daß der Vollzug des nachgesuchten Executionsactes nur insoferne, als bei der Vornahme keine gesetzlichen Hindernisse sich ergäben, stattfinden konnte, solche Hindernisse aber hier vorhanden waren, da die gepfändeten Früchte von den

beigezogenen Experten als ein Theil des fundus instructus des Gutes des Executen bezeichnet wurden und von einem anderen Gläubiger bereits die executive Sequestration des Gutes erwirkt worden war, und daß, wenn A sich darauf beruft, daß auch er Tabulargläubiger des B sei, diese Eigenschaft nur die Wirkung hat, daß auch er auf dem Wege der executiven Sequestration oder der Feilbietung des Gutes sammt dem fundus instructus seine Befriedigung suchen kann.

Der oberste Gerichtshof hingegen verordnete die Anlegung der engeren Sperre, weil die Feldfrüchte schon gepfändet, daher auf Verlangen des Executionsführers nach §. 343 a. G. O. dieselben zu versperren sind und die Sperre durch Aufdrückung des Gerichtssiegels auf dem Behältnisse der Früchte zu versichern ist, — die Frage aber, ob sie zum fundus instructus gehören, damit nicht entschieden wird und den Betheiligten es unbenommen bleibt, ihre diesbezüglichen Rechte auf dem gesetzlich zulässigen Wege geltend zu machen.

Nr. 4437.

Unanwendbarkeit der Vorschrift des §. 456 a. b. G. B. im Falle einer gerichtlichen Pfändung.

Entsch. v. 10. Jänner 1872, Nr. 9449 (Best. des Urth. des B. G. Gmunden v. 6. April 1871, Nr. 1785, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 14. Juni 1871, Nr. 10085). G. Z. 1872, Nr. 49.

Der Kläger A führte an, die in dem Executionsverfahren des Beklagten B gegen C bei Letzterem gerichtlich gepfändeten Mobilien in einer früheren executiven Versteigerung gegen C erstanden zu haben, und bat um das Erkenntniß, daß B schuldig sei, das Eigenthum des Klägers an den besagten Mobilien anzuerkennen und das Executionsrecht an denselben aufzulassen oder dem Kläger den Werth der Mobilien zu zahlen. Ohne das Eigenthum des Klägers anzufechten, bestritt B das Klagerecht desselben mit der Anführung, daß der Kläger die erstandenen Mobilien dem C in den Händen gelassen und zum Gebrauche anvertraut habe, weshalb die Wirksamkeit der Pfändung nicht in Frage gestellt werden könne (§§. 456 und 367 a. b. G. B.). Von dem Kläger wurde die Richtigkeit dieser Anführung zugegeben, allein die Anwendbarkeit der citirten Paragraphe auf den Fall des prätorischen Pfandes in Abrede gestellt. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren. — In zweiter Instanz wurde die Klage abgewiesen und in den Gründen Folgendes gesagt: Daß die Vorschrift des §. 456 a. b. G. B. nicht blos auf die Verpfändung durch Vertrag, sondern auch auf das im Executionswege erworbene Pfandrecht Anwendung findet, geht aus der ganz allgemein gehaltenen Fassung dieses Paragraphen, und daraus hervor, daß der §. 450 ibid.

alle Arten des Pfandrechtes in ihren Rechtswirkungen einander gleichstellt und für dieselben nur verschiedene Arten der Erwerbung statuirt.

Auf die Revisionsbeschwerde des Klägers, worin er geltend machte, daß das im §. 456 a. b. G. B. am Schlusse gebrauchte Wort „Verpfänder" gegen die Ansicht des O. L. G. spreche, indem darunter weder der Executor noch der Richter verstanden werden können, — bestätigte der oberste Gerichtshof das erstgerichtliche Urtheil „in der Erwägung, daß der §. 456 a. b. G. B., worauf der Beklagte seine Vertheidigung stützt, hier nicht anwendbar ist, weil dieser Paragraph voraussetzt, daß ein Dritter eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet hat, wogegen im vorliegenden Falle die Mobilien gerichtlich gepfändet worden sind."

Nr. 4438.

Mobilienexecution: Behandlung von Erwerbs- und Einkommensteuerrückständen.

Entsch. v. 10. Jänner 1872, Nr. 23 (Best. des das Decr. des L. G. Brünn v. 8. August 1871, Nr. 11806, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn vom 14. Nov. 1871, Nr. 14197). G. H. 1872, S. 122.

Bei der Vertheilung des Erlöses aus der executiven Versteigerung der Mobilien des B wurden dreijährige, von der Finanzbehörde angemeldete Erwerb- und Einkommensteuerrückstände von dem Gerichte erster Instanz als Vorzugspost behandelt, wogegen das O. L. G. dieselben nach dem Zeitpunkte der für diese Rückstände zur Deckung des Fiscus vollzogenen Pfändung der besagten Mobilien locirt hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz. Gründe: Was die Erwerbsteuerrückstände anbetrifft, schreibt der §. 18 des Erwerbsteuerpatentes vom 31. December 1812 vor, daß dieselben mit Militärexecution und im äußersten Falle durch Pfändung und Verkauf der Habseligkeiten des Steuerpflichtigen hereinzubringen seien; und nur in Concursfällen werden dem Aerar für die Erwerbsteuer die bei den übrigen landesf. Steuern ihm zukommenden Rechte vorbehalten. Hieraus, und insbesondere aus der angeordneten Hereinbringung der Erwerbsteuerrückstände durch Pfändung und Feilbietung der Fahrniß des Schuldners ergibt sich, daß diesen Rückständen ein gesetzliches Pfandrecht an den Mobilien des Steuerpflichtigen nicht zukommt. — Ebenso wenig ist in dem §. 31 des Patentes vom 29. October 1849, R. G. Bl. Nr. 439, der Einkommensteuer ein gesetzliches Pfandrecht an der Fahrniß des Schuldners eingeräumt, sondern dieselbe in Beziehung auf die Eintreibung den übrigen directen Steuern gleichgestellt. — Da nun nach der ausdrücklichen Vorschrift des Hofdcr. vom 16. September 1825, J. G. S. Nr. 2132, Rück-

ſtände landesf. Steuern ein geſetzliches Pfandrecht nur an demjenigen Gute haben, von welchem dieſe Steuern hätten entrichtet werden ſollen, und nur dieſen Rückſtänden auch außerhalb des Concurſes, bei einer Separatexecution das Vorrecht vor den übrigen Pfandgläubigern eingeräumt erſcheint, wogegen nach Abſatz 3 des citirten Hofdecretes auf andere, im allgemeinen Concurſe gleichwohl privilegirte, allein mit dem geſetzlichen Pfandrecht an einem einzelnen Gute nicht verſehene Forderungen bei der Vertheilung des Erlöſes aus einem außerhalb des Concurſes zwangsweiſe verſteigerten Gutes keine Rückſicht genommen werden ſoll, — ſo ſtellt ſich die oberlandesgerichtliche Entſcheidung als vollkommen gerechtfertigt dar, um ſo mehr, als den Perſonalſteuern in Beziehung auf Immobilien auch in den §§. 38 und 31 der C. O. vom 25. Dec. 1868 ein Vorzug vor den Pfandforderungen nicht eingeräumt iſt.

Nr. 4439.

Depoſitum oder Pfand? Beweislaſt. Untheilbarkeit des (qualificirten) Geſtändniſſes.

Entſch. v. 11. Jänner 1872, Nr. 13749 (Beſt. des Urth. des B. G. Trieſt v. 26. Oct. 1870, Nr. 28153, Abänd. des Urth. des O. L. G. Trieſt vom 4. Februar 1871, Nr. 205). G. Z. 1873, Nr. 82. G. H. 1872, S. 348.

Der Wirth A kaufte im Jahre 1870 Wein und übergab denſelben dem B, der ihn in ſeinem Keller aufnahm und dem A in kleinen Partien ausfolgte. Nachdem A auf dieſe Art bereits 38 Eimer weggetragen hatte, verweigerte B die Ausfolgung des Reſtes, weshalb A wider B klagend auftrat und die Rückſtellung des Weines aus dem Titel des Depoſitums begehrte. B geſtand, daß der Wein Eigenthum des Klägers ſei, widerſprach aber denſelben aus dem Titel eines Depoſitums erhalten zu haben und behauptete, den Wein aus dem Titel eines Pfandes für ein dem Kläger gegebenes Darlehen inne zu haben; da Kläger den der zuletzt abverlangten Weinmenge entſprechenden Betrag nicht zahlen wollte, habe er, Beklagter, ſich für berechtigt gehalten, die Ausfolgung des Weines zu verweigern. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf Abweiſung des Begehrens, weil der Kläger die vom Gegner geleugnete Abſchließung des Verwahrungsvertrages nicht bewieſen habe. — Das O. L. G. hingegen erkannte auf den dem Kläger über die Pfandbeſtellung aufgetragenen Haupteid. In den Gründen wurde hervorgehoben, daß der Beklagte das Eigenthum des Klägers zugeſtanden, und nur den Verwahrungsvertrag widerſprochen habe; daß nach dem Geſetze (§§. 334, 335 und 336 a. b. G. B.) der Eigenthümer berechtigt ſei, ſeine Sache von jedem Inhaber zurückzufordern, und der Umſtand, daß der Kläger den Beweis über den Abſchluß des Verwahrungsvertrages nicht geführt habe, noch nicht hin-

reiche, den Beklagten von der Verpflichtung zu befreien, die vorenthaltene Sache herauszugeben; daß Beklagter nur dann mit Erfolg der unbedingten Rückstellung des Weines an den Eigenthümer sich widersetzen könnte, wenn er in der Lage wäre, zu erweisen, daß er aus einem gesetzlichen Rechtsgrunde befugt sei, die erwähnte Sache dem Eigenthümer vorzuenthalten, dieser Beweis aber von ihm durch den Haupteid über den Umstand angeboten wurde, daß er vom Kläger ermächtigt worden sei, den Wein als Pfand bis zur Befriedigung seiner Forderung pr. 337 fl. an den Kläger bei sich zu behalten, weshalb der Eid über die Pfandbestellung zugelassen werden mußte, um so mehr, als durch die sofortige Zulassung dieses Beweises ein weiterer Streit zwischen den Parteien vermieden wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, in Anbetracht, daß Denjenigen, welcher im Processe einen Umstand anführt, auch die Verpflichtung trifft, denselben im Falle des Widerspruches seitens des Gegners zu erweisen (§. 104 a. G. O.); daß Kläger anführt und behauptet, er habe dem Beklagten den Wein, dessen Rückstellung oder Bezahlung er fordert, aus dem Titel des einfachen Depositums übergeben; daß Beklagter ausdrücklich widersprochen hat, den Wein aus dem Titel eines Depositums erhalten zu haben, weshalb unzweifelhaft dem Kläger oblag, den Beweis über die von ihm zur Begründung seines Anspruches vorgebrachte Thatsache zu führen und demnach die Thatsache des Depositums zu erweisen; daß der Beweis über diese Thatsache durch das Geständniß des Beklagten nicht für hergestellt anzusehen war, welches, da es eine und dieselbe Thatsache in sich faßt, in seiner Gesammtheit zu nehmen ist und nicht durch gänzliche Verwerfung der für den Kläger ungünstigen Umstände geschieden werden kann; daß wenn man aus jenem Geständniß das Eigenthum des Klägers hinsichtlich der streitigen Weinpartie als bewiesen ansehen wollte, dann auch erkannt werden müßte, daß der Wein durch eine Pfandbestellung vinculirt war.

Nr. 4440.

Anbringen von Neuerungen: Ablegung des Eides durch den Advocaten.

Entsch. v. 16. Jänner 1872, Nr. 10706 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 4. Februar 1871, Nr. 908 und des O. L. G. Prag vom 13. Juni 1871, Nr. 10246). G. H. 1872, S. 207.

Das Gesuch des Klägers um Gestattung des Anbringens von Neuerungen in der Replik war von dem Anerbieten seines Rechtsfreundes Dr. A zur Ablegung des Eides, dieselben nicht geflissentlich verschwiegen zu haben, begleitet und wurde von beiden Untergerichten

abgewieſen. — Das O. L. G. bemerkte in ſeinen Motiven: Die einfache Anführung des Klägers, daß ſein Vertreter Dr. A die Neuerungen in der Klage nicht wiſſentlich verſchwiegen habe, genügt im Sinne des §. 48 a. G. O. nicht zur Bewilligung des Anbringens derſelben in der Replik, weil der Richter in dieſem Paragraphe insbeſondere angewieſen wird, Umtriebe nicht zu geſtatten, denen aber das Thor geöffnet würde, wenn Neuerungen geſtattet und Rechtsfreunde zu aſſertoriſchen Eiden zugelaſſen werden, ohne daß ſie irgend einen Behelf beigebracht oder gezeigt haben, wornach ihnen die Benützung der Neuerungen bei der Verfaſſung der Klage entgangen wäre.

Der oberſte Gerichtshof bewilligte das Anbringen der Neuerungen gegen den oberwähnten Eid des Dr. A. Gründe: Der Kläger hat zwar keine ſtandhaften Behelfe dafür eingebracht, daß die neuen Umſtände und Beweismittel in der Klage nicht gefliſſentlich, d. i. in der Abſicht, den Proceß zu verſchleppen, verſchwiegen wurden; allein nach dem Geſetze, deſſen Tendenz dahin geht, daß das materielle Recht durch Formmängel nicht Schaden leide, iſt die Ablegung des Eides über die nicht gefliſſentliche Verſchweigung genügend, um gegen deſſen Leiſtung die Neuerungen zu geſtatten. Der §. 48 a. G. O. ſpricht zwar von dem Kläger und dem von ihm abzulegenden Eide. Allein da in dem Proceſſe der Rechtsfreund die von ihm vertretene Partei vorſtellt, für die ſeine Proceßhandlungen verbindlich ſind, ſo kann es nicht zweifelhaft ſein, daß der §. 48 a. G. O. auch in dem Falle Anwendung findet, wo der Rechtsfreund die neuen Umſtände und Beweismittel verſchwiegen hat und zu dem Eide, ſie nicht gefliſſentlich verſchwiegen zu haben, ſich anbietet.

Nr. 4441.

Vernichtigung der Feilbietung wegen unrichtiger Bezeichnung des Hypothekargläubigers in dem zu ſeiner Verſtändigung ergangenen Edict auf Antrag des Executen.

Entſch. v. 16. Jänner 1872, Nr. 368 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 23. Juni 1871, Nr. 12049 und des O. L. G. Krakau v. 24. Oct. 1871, Nr. 15788). G. H. 1873, Nr. 36. Jur. Bl. 1872, Nr. 10.

Auf der in Execution gezogenen Liegenſchaft des B war unter Anderen J. Noak als Pfandgläubiger von 4000 fl. intabulirt, für den wegen ſeines unbekannten Aufenthaltes behufs der Verſtändigung von der Bewilligung und Ausſchreibung der Licitation und von den weiteren gerichtlichen Acten ein Curator beſtellt werden mußte. In der Ausfertigung des Decretes der Ernennung des Curators und der anderen diesbezüglichen Verordnungen wurde nun aus einem Schreibverſtoß die Perſon des erwähnten Pfandgläubigers, ſtatt J. Noak, J. Nowak genannt. Nach vollzogener Feilbietung rügte der Executen die

Unrichtigkeit und da beide Untergerichte darüber hinausgingen, ergriff er den a. o. Recurs an den obersten Gerichtshof, welcher in Erwägung, daß der Pfandgläubiger J. Noak durch den für J. Nowak bestellten Curator nicht als vertreten angesehen werden kann; daß diese Namensverwechslung ebenso wenig durch die Berufung auf einen Schreibverstoß für entschuldigt, als in ihren Folgen durch die in das Feilbietungsedict aufgenommene Bestellung eines Curators für alle Pfandgläubiger, an die aus irgend einem Grunde die Zustellung des Feilbietungsbescheides nicht erfolgen würde oder könnte, für gerechtfertigt gehalten werden kann, weil in dem Edicte die Pfandgläubiger des in Execution gezogenen Gutes, insbesondere J. Noak, nicht namentlich aufgeführt sind; daß demnach die ordnungsmäßige Verständigung dieses Gläubigers von der ausgeschriebenen Feilbietung unterblieben ist, — die nach §. 438 westgal. G. O. ungiltige Versteigerung aufhob.

Nr. 4442.

Einrechnung des Heiratsgutes in den Pflichttheil.

Entsch. v. 17. Jänner 1872, Nr. 12622 (Best. des das Urth. des B. G. Pisino v. 28. April 1870, Nr. 1844, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 28. Nov. 1870, Nr. 5701). G. Z. 1872, Nr. 20. G. H. 1872, S. 81.

M hatte mit einer Schenkung auf den Todesfall sein ganzes Vermögen dem Sohne B übertragen und ihn verpflichtet, den übrigen Geschwistern den Pflichttheil auszubezahlen. Seine Schwester A klagte nun gegen ihn auf Zahlung des Pflichttheiles im vollen Betrage von 229 fl. 60 kr. B forderte nach §. 788 a. b. G. B., daß die von der A im Betrage von 144 fl. 37 kr. erhaltene Mitgift in den Pflichttheil eingerechnet werde. — Das Gericht erster Instanz erkannte ganz nach dem Begehren, da die Abhandlung auf Grundlage einer letztwilligen Anordnung des Erblassers stattfand und letzterer im Schenkungsvertrage die ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen habe, daß die Einrechnung des von der A Erhaltenen in den Pflichttheil zu geschehen habe, demnach im Sinne des §. 790 a. b. G. B. der Klägerin die Mitgift vom Pflichttheil nicht in Abrechnung zu bringen sei. — Von dem O. L. G. wurde mit Anrechnung der Dos der Klägerin nur der Betrag von 85 fl. 29 kr. zuerkannt, indem der Pflichttheil der Klägerin nicht mit einer letztwilligen Anordnung zugedacht wurde, sondern die Abhandlung auf Grundlage des Schenkungsvertrages gepflogen worden ist, auf den vorliegenden Fall also die Vorschrift des §. 790 a. b. G. B. keine Anwendung findet, und in Gemäßheit der Bestimmung des §. 788 a. b. G. B. der Einrechnung der Mitgift pr. 144 fl. 37 kr. in den Pflichttheil stattzugeben war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: Das Gesetz unterscheidet klar den Fall der

Einrechnung in den Pflichttheil von jenem in den Erbtheil, indem dasselbe für den ersten Fall in §. 787 und §. 788 a. b. G. B. die Verpflichtung zur Einrechnung ohne Unterschied ausspricht, ob der Pflichtheil mit einem Testamente vermacht worden sei oder ob derselbe aus dem Gesetze gebühre. Das Gesetz macht eine Ausnahme davon mit §. 792 a. b. G. B. nur wenn die Eltern das Kind ausdrücklich von der Einrechnung befreit haben. Im zweiten Falle, des Erbtheiles nämlich, schreibt aber das Gesetz im §. 790 vor, daß die Anrechnung in der Intestaterbfolge immer platzzugreifen habe und bei der Nachfolge der Kinder in Folge einer letztwilligen Verfügung nur dann, wenn der Erblasser sie ausdrücklich angeordnet hat. Es wird aber von der Klägerin nicht einmal angeführt, daß ihr Vater sie ausdrücklich von der Anrechnung in den Pflichttheil desjenigen, was dieselbe zugestandenermaßen als Mitgift erhielt, befreit habe, und ist daher die Verpflichtung der Klägerin zur Einrechnung in den Pflichttheil in den obangeführten gesetzlichen Bestimmungen gegründet und ganz unabhängig von dem Anerkenntnisse dieser Pflicht, das sie nach der Anführung des Beklagten vor Zeugen ausgesprochen haben soll.

Nr. 4443.

Besitzstörungsproceß: Hemmung der Execution durch Recurs?

Entsch. v. 17. Jänner 1872, Nr. 15006, Best. des Decr. des B. G. Neupaka v. 30. August 1871, Nr. 6478, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 3. Oct. 1871, Nr. 32670). G. H. 1872, S. 86.

In dem Executionsverfahren, welches auf das possessorium summariissimum des A gegen den sachfällig gewordenen B folgte, wurde auf Einschreiten des A von dem Gerichte erster Instanz die dem B angedrohte Geldstrafe von 80 fl. wegen Nichterfüllung des an ihn erlassenen Auftrages zur Wiederherstellung des klägerischen Besitzes für verfallen erklärt, obgleich B gegen jenen Auftrag recurirt hatte und der Recurs noch schwebte, — wogegen das O. L. G. aus dem letzteren Grunde — des Suspensiveffectes des Recurses — das Einschreiten des A als verfrüht zurückwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil nach Hofdcr. v. 7. April 1785, Nr. 405, Patent v. 1. Juli 1790, Nr. 31 und Hofkanzleidcr. v. 2. März 1799, Nr. 459 der J. G. S. Recurse in der Regel eine einhaltende Wirkung nicht haben und in Besitzstörungsfällen nach §. 18 der kaiserl. Verordnung v. 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12, die Execution nicht einmal durch den Recurs gegen das Erkenntniß gehemmt wird.

Nr. 4444.

Execution durch Auferlegung von Geldstrafen: Voraussetzungen der Eintreibung.

Entsch. v. 17. Jänner 1872, Nr. 15097 (Best. des das Decr. des B. G. Neupaka v. 29. Sept. 1871, Nr. 7338, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 30. Oct. 1871, Nr. 36203). G. H. 1872, S. 102.

Nachdem in possessorio summariissimo dem sachfälligen Beklagten B die Wiederherstellung des Besitzes unter Androhung einer Geldstrafe von 40 fl. aufgetragen und dieser Strafbetrag als verfallen erklärt worden war, verordnete das Gericht erster Instanz die Mobilienexecution bei B zur Hereinbringung des Strafgeldes. — Diese Verordnung wurde auf seinen Recurs in zweiter Instanz aufgehoben, weil das Gericht zwar von amtswegen für die Eintreibung der rechtskräftig als verfallen erklärten Geldstrafe Sorge zu tragen hatte, allein die Execution zu diesem Zwecke erst nach Verlauf der Frist zur Zahlung der Geldstrafe anordnen durfte, hiezu aber dem B ein Termin gar nicht gesetzt worden ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Decret des O. L. G. und bemerkte, daß der Fall eines Ungehorsams auf Seite des B und daher ein gesetzlicher Grund zum Zwangsverfahren gegen ihn nicht vorhanden ist, da in dem den Verfall der Geldbuße aussprechenden vorgängigen Bescheid die Bestimmung, an wen und in welcher Frist B den Strafbetrag zu zahlen habe, nicht aufgenommen worden war.

Nr. 4445.

Unzulässigkeit der Concurseröffnung im Falle nur zur Sicherstellung geführter Executionen.

Entsch. v. 17. Jänner 1872, Nr. 350 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 9. Juni 1871, Nr. 32138, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 1. Oct. 1871, Nr. 20441). G. H. 1872, S. 58.

Bei der Erledigung der Verhandlung, die in Folge des Gesuches der Firma A gegen B um Concurseröffnung stattgefunden hatte, kam es auf die Frage an: ob das im §. 63 C. O. aufgestellte Erforderniß, daß der Schuldner „mit Executionen" verfolgt sei, auch dann erfüllt sei, wenn — wie es bei dem B eben der Fall war — gegen den Schuldner Executionen nur zur Sicherstellung geführt worden sind. — Das Gericht erster Instanz verneinte die Frage und verweigerte deshalb die Concurseröffnung mit der Motivirung, daß das bezeichnete Erforderniß des §. 63 C. O. schon nach dem Wortlaute der Gesetzesstelle nur auf wirkliche Acte der Hilfsvollstreckung zu beziehen sei, um so mehr, als Executionsacte, die blos zur Sicherstellung vorge-

nommen wurden, keinen ſicheren Schluß auf die Inſolvenz des Schuldners geſtatten, die durch das Poſtulat der citirten Geſetzesſtelle mindeſtens wahrſcheinlich gemacht werden ſoll. — Das O. L. G. bewilligte die Concurseröffnung mit der Bemerkung, daß der von dem Gerichte erſter Inſtanz hervorgehobene Unterſchied zwiſchen den beiden Executionsarten nach dem Contexte des Concursgeſetzes nicht beſteht.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Entſcheidung mit Bezugnahme auf die Motive derſelben.

Nr. 4446.

Bemeſſung des Schmerzengeldes.

Entſch. v. 18. Jänner 1872, Nr. 4932 (Beſt. des Urth. des B. G. Tiſchnowitz v. 20. Mai 1870, Nr. 4800, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 1. Februar 1871, Nr. 16790). G. Z. 1872, Nr. 45.

In dem Entſchädigungsproceſſe, welchen der von B körperlich mißhandelte A gegen den deshalb ſtrafgerichtlich (Uebertretung nach §. 496 Str. G., begangen durch Mißhandlung) verurtheilten B anhängig gemacht hat, wurde der in erſter Inſtanz mit 50 fl. liquidirte Betrag des Schmerzengeldes vom O. L. G. auf 100 fl. erhöht.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte aus den nachſtehenden Gründen die Entſcheidung der erſten Inſtanz: Das O. L. G. iſt, gleich dem Richter erſter Inſtanz, davon ausgegangen, daß die dem A zugefügte Mißhandlung nur mit jenen Folgen in erwieſenem Cauſalzuſammenhange ſteht, welche das gerichtsärztliche Zeugniß conſtatirte, laut deſſen die am Tage nach der Mißhandlung vorgefundenen Symptome einer leichten Verletzung nach 10 Tagen ſich bereits verloren hatten. Dennoch erhöhte die zweite Inſtanz das vom Unterrichter mit 50 fl. feſtgeſetzte Schmerzengeld auf 100 fl., weil nicht blos der Grad der Verletzungen, ihre Folgen und die verurſachten Schmerzen, ſondern auch die Umſtände, daß der Beſchädigte gegen den zur Nachtzeit geſchehenen tückiſchen Anfall ſich nicht vorſehen konnte, daß er zu den Ortsbewohnern von beſſerer Erziehung gehört, ſein hohes Alter und die günſtigeren Vermögensverhältniſſe des beklagten Beſchädigers in Erwägung zu ziehen ſeien. Allein auf die Schmerzhaftigkeit einer Verletzung übt die Tücke des Angriffes eben ſo wenig einen Einfluß, als die Art der vom Beſchädigten genoſſenen Erziehung. Hohes Alter läßt wohl an und für ſich körperliches Ungemach ſchwerer ertragen; der Kläger hat aber ſelbſt vorgebracht, daß die Angſt ihm die nöthige Kraft gegeben, um ſich rechtzeitig vom Gegner loszureißen, und das producirte, nach Form und Inhalt unangefochten gebliebene Zeugniß des den B behandelnden Arztes ſchildert ihn als einen Mann von kräftiger Natur. Auch fand derſelbe Arzt ſchon am zweiten Tage nach der Mißhandlung den Puls des Patienten normal und nach weiteren drei Tagen die Verletzung

so weit gebessert, daß ärztliche Besuche nicht mehr für nöthig erachtet, auch nicht gefordert wurden. Dem zufolge ist das objective Substrat für die Beurtheilung des Grades der verursachten Schmerzen nicht so gestaltet, daß der Betrag von 50 fl. zu niedrig gegriffen wäre. Die Vermögensverhältnisse des Beschädigers endlich mögen, insoferne in dem Schmerzengelde zum Theil der Charakter einer Privatstrafe sich nicht verkennen läßt, immerhin bei der ziffermäßigen Bestimmung berücksichtigt werden; die Verhandlung hat aber nicht klar gestellt, daß der Beklagte ein Vermögen besitzt, dem gegenüber das Aequivalent für das physische Leiden des Klägers höher als auf 50 fl. zu veranschlagen wäre.

Nr. 4447.

Gerichtsstand für Klagen zur Geltendmachung des Pfandrechtes an beweglichen Sachen.

Entsch. v. 23. Jänner 1872, Nr. 534 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Czaslau v. 15. Nov. 1871, Nr. 7716 und des O. L. G. Prag v. 5. Dec. 1871, Nr. 40440). G. H. 1872, S. 59.

Die im Bezirke des B. G. Czaslau wohnende A belangte den B bei diesem Gerichte wegen Zahlung eines Darlehens von 400 fl., indem sie das Erkenntniß begehrte, daß B schuldig sei, die 400 fl. zur Vermeidung der Execution auf die der A von ihm verpfändete, auf seinen Namen lautende und von ihr verwahrte Staatsschuldverschreibung vom .... zu zahlen. — Beide Untergerichte haben die Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes a limine abgewiesen, — das O. L. G. mit der Motivirung, daß blos die Zahlung der persönlichen Forderung der 400 fl. als Gegenstand der Klage erscheine und daß das Pfandrecht an der Staatsobligation kein Object derselben bilde, weil von der Klägerin nicht behauptet wurde, daß B dieses Pfandrecht nicht anerkenne; daß mithin die Klage kein dingliches Recht an einer beweglichen Sache zum Gegenstand habe, weshalb der §. 54 J. N. in Betreff der Zuständigkeit darauf nicht anzuwenden sei.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde der ersten Instanz die Annahme der Klage aus folgenden Gründen aufgetragen. Die Klage ist nach dem gestellten (oben angeführten) Begehren zweifellos auf Geltendmachung des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache gerichtet, als deren Inhaberin die A durch Vorlage des Pfandstückes sich ausgewiesen hat. Es sind demnach die Voraussetzungen des §. 54 J. N. für die Competenz des angerufenen Gerichtes vorhanden. Der Umstand, daß das Begehren auf Zahlung gerichtet ist, hindert nicht die Anwendung dieses Paragraphen, weil eben darin, daß die Zahlung aus dem Pfande angestrebt wird, die Geltendmachung des Pfandrechtes besteht, und auch um die Zahlung aus dem Pfande zu bewirken, die Forderung voraus liquidirt und ihre Fälligkeit festgestellt werden muß.

Nr. 4448.

Beſitzſtörungsproceß: Vorausſetzungen der Eintreibung der angedrohten Geldſtrafe.

Entſch. v. 23. Jänner 1872, Nr. 622 (Beſt. des das Decr. des B. G. Schwarzwaſſer v. 19. Sept. 1871, Nr. 2291, aufheb. Decr. des O. L. G. Brünn v. 21. Oct. 1871, Nr. 14816). G. Z. 1872, Nr. 61.

In dem Beſitzſtörungsſtreit des B gegen A war dem Erſteren durch gerichtlichen, in Rechtskraft erwachſenen Beſcheid mit Androhung einer Geldſtrafe von 20 fl. die Störung des A in der Ausübung eines Fahrt- und Viehtriebrechtes unterſagt worden und auf das Geſuch des A, worin er anführte, daß B das Verbot übertreten habe, wurde vom Gerichte erſter Inſtanz ſofort die angedrohte Geldſtrafe als verfallen erklärt. — Dagegen recurrirte B an das O. L. G., welches mit Aufhebung der erſtgerichtlichen Verordnung dem Gerichte auftrug, erſt die — von B im Recurs widerſprochene — Anführung der Störung des A in dem erwähnten Rechtsbeſitze gerichtlich zu conſtatiren und ſodann über deſſen Executionsgeſuch zu entſcheiden.

Der Reviſionsrecurs des A, worin bemerkt wurde, daß ſich der Richter ſchon im Beſitzſtörungsſtreite des B gegen den Recurrenten bei dem Localaugenſchein die Ueberzeugung verſchafft habe, daß Recurrent in ſeinem Servitutsrecht von B durch Einzäunung der dienenden Parcelle fortwährend geſtört wird, daß mithin die erſtgerichtliche Entſcheidung um ſo mehr gerechtfertigt ſei, als die Feſtſtellung des Störungsactes erſt auf Einſprache des Executen vorzunehmen ſei, wie der oberſte Gerichtshof — Entſch. v. 7. Oct 1864, Nr. 7447 (Samml. IV. Bd., Nr. 1982) — anerkannt habe, wurde vom oberſten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß gegenüber dem rechtskräftigen Störungsverbote das Vorſchreiten in der Execution durch den Nachweis der Thatſache bedingt iſt, daß der Execut wider die damit ihm aufgetragene Unterlaſſung eine das Recht des Exequenten beeinträchtigende Handlung vorgenommen hat; daß der Execut nicht blos nach Inhalt ſeines Appellationsrecurſes die neuerliche Störung in Abrede ſtellt, ſondern auch in ſeinem Beſitzſtörungsſtreite wider den Exequenten, laut des Protokolles über den damaligen Localaugenſchein, die Ausübung der fraglichen Servitut niemals verweigert haben will und das Gegentheil davon aus der commiſſionellen Anmerkung in jenem Protokoll mit der erforderlichen Evidenz nicht zu entnehmen iſt und auch nicht im Verbotsbeſcheid auf die richterliche Wahrnehmung Bezug genommen wird.

Nr. 4449.

Unzuläſſigkeit der Anfechtung der rechtskräftig feſtgeſtellten Feilbietungsbedingniſſe durch den Ceſſionar einer Hypothekarforderung.

Entſch. v. 23. Jänner 1872, Nr. 667 (Beſt. des Decr. des O. L. G. Wien v. 6. Dec. 1871, Nr. 24430). G. Z. 1872, Nr. 21.

Nachdem die Ausſchreibung der executiven Feilbietungen von Liegenſchaften allen Pfandgläubigern zugeſtellt und rechtskräftig geworden war, ſuchte die A, als Ceſſionarin eines Satzgläubigers, die grundbücherliche Umſchreibung der ihr abgetretenen Satzforderung an und bat zugleich um Zuſtellung des Feilbietungsbeſcheides. Es wurde ihr dieſer Beſcheid zugeſtellt, und ſie ergriff gegen denſelben, reſp. gegen die Feilbietungsbedingniſſe den Appellationsrecurs, welcher von dem O. L. G. wegen eingetretener Rechtskraft des Feilbietungsbeſcheides und der Licitationsbedingniſſe abgewieſen wurde. Gegen die obergerichtliche Verordnung ergriff die A den Reviſionsrecurs, worin ſie ausführte, daß die Zuſtellung des Feilbietungsbeſcheides an ihren Vormann für ſie nicht maßgebend ſein könne, insbeſondere deshalb, weil ihr Geſuch um Verſtändigung von den im Zuge befindlichen Feilbietungen aufrecht erledigt und der Feilbietungsbeſcheid ihr zugeſtellt, mithin der Recurs gegen den letzteren ihr offen gehalten worden ſei.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den Recurs, weil der Feilbietungsbeſcheid zur Zeit der grundbücherlichen Uebertragung der Satzforderung auf die A bereits in Rechtskraft erwachſen war, folglich die auch in Anſehung der Feilbietungsbedingniſſe gegen den Vormann in Rechtskraft erwachſene Feilbietungsbewilligung von ihr als Ceſſionarin nicht mehr angefochten werden konnte.

Nr. 4450.

Sicherung von Aerarialanſprüchen durch Pfändung.

Entſch. v. 23. Jänner 1872, Nr. 689 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Stuhlw. v. 28. Oct. 1871, Nr. 7967 und des O. L. G. Prag vom 13. Nov. 1871, Nr. 38193). G. H. 1872, S. 145.

Das nach dem Hofdcr. vom 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577, angebrachte Geſuch der Finanzprocuratur nomine fisci (des Poſtärars) um Pfändung des zur Verlaſſenſchaft des Poſtmeiſters M gehörenden Vermögens zur Sicherſtellung von fiscaliſchen Erſatzanſprüchen unbeſtimmten Betrages wurde von beiden Untergerichten, und zwar von dem O. L. G. deshalb abgewieſen, weil nach dem citirten Hofdecrete die Sicherſtellung des Aerars nur durch die in der a. G. O. vorgeſehenen Wege des Verbotes, der Sequeſtration, des Arreſtes und ander-

weitiger „Sicherstellungsmittel" geschehen könne, die Pfändung in der a. G. O. nur als ein Executionsact, nicht als ein Sicherstellungsmittel bezeichnet und eine provisorische, keiner Rechtfertigung bedürfende (Hofdcr. vom 24. October 1806, J. G. S. Nr. 789) Pfändung in keiner gesetzlichen Bestimmung begründet sei.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die nachgesuchte Pfändung bewilligt. Gründe: Daß die Pfändung des beweglichen Vermögens auch zu den nach dem Gesetze zulässigen Sicherstellungsmitteln gehört, ergibt sich aus dem §. 822 a. b. G. B., den §§. 298 und 259 a. G. O., dem Hofdcr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, dem §. 55 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß, dem §. 4 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, und aus der Erwägung, daß das Hofdcr. vom 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577, dem Aerar außer Verbot und Sequestration auch noch anderweitige Sicherstellungsmittel „ohne Ergreifung der Execution" gestattet, welche laut Hofdcr. v. 24. October 1806, J. G. S. Nr. 789, durch die diesfällige Verordnung der Verwaltungsbehörde (im gegebenen Falle die von der Postdirection in Prag erlassene Requisition der Sicherstellung) zufolge des Hofdcr. vom 18. September 1786, Nr. 577, schon von selbst gerechtfertigt sind und daher keiner weiteren Justificirung bedürfen.

Nr. 4451.

Einwendung der Unzuständigkeit des Handelsgerichtes durch bloße Bestreitung der handelsrechtlichen Qualität der Streitsache?

Entsch. v. 23. Jänner 1872, Nr. 721 (Best. des das Urth. des L. G. Salzburg v. 8. Nov. 1871, Nr. 2951, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien vom 21. Dec. 1871, Nr. 23437). G. Z. 1872, Nr. 24.

In der bei dem L. G. in Salzburg als Handelsgericht summarisch verhandelten Rechtssache des A gegen B wegen Rückstellung von Gebinden eventuell Ersatz von 75 fl. 50 kr. machte der Geklagte die Einwendung, daß die eingeklagte Forderung keine Handelsforderung sei. — Das Gericht hielt diese Einwendung für begründet, behandelte sie als Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes und wies deshalb den Kläger ab. — Von dem O. L. G. wurde das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen aufgehoben: Das angefochtene Erkenntniß beruht auf der Voraussetzung, daß der Geklagte die Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes erhoben habe, was dem Inhalte der Acten nicht entspricht, indem weder in der Einrede, noch in einer der anderen Proceßreden von dem Geklagten diese Einwendung erhoben und um Abweisung der Klage aus diesem Grunde ge-

beten worden ist. Da aber der Geklagte diese Einwendung nicht erhoben hat, so kann auch über ein von ihm nicht gestelltes Begehren nicht erkannt werden; und wenn das L. G. der Ansicht ist, daß die vorliegende Streitsache nicht zur handelsgerichtlichen Competenz gehöre, so muß es dennoch gemäß §. 48 J. N. mit der Entscheidung in merito vorgehen, weil die dort aufgeführten Bedingungen, unter denen die Unzuständigkeit des Gerichtes von amtswegen zur Geltung gebracht werden kann, nicht eintreten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung aus den vorstehenden Gründen und in der ferneren Erwägung, daß die von dem Geklagten in der Einrede vorgebrachte Behauptung, die eingeklagte Forderung sei keine Handelsforderung, nicht als die Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes angesehen werden kann, und daß der Geklagte, indem er am Schlusse der Einrede lediglich das Begehren stellte, das L. G. als H. G. habe den Kläger mit seinem Klagebegehren abzuweisen, die Competenz des genannten Gerichtes zur Entscheidung in der Hauptsache sogar ausdrücklich anerkannt hat.

Nr. 4452.

Bestellung einer Hypothek für Forderungen bis zu einer bestimmten Höhe sammt Nebengebühren: Umfang der Haftung der Hypothek. Rangordnung der Hypothek für die nach Art. 291 H. G. B. capitalisirten Zinsen.

Entsch. v. 24. Jänner 1872, Nr. 12143 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 7. Oct. 1870, Nr. 39649 und des O. L. G. Wien vom 6. Juli 1871, Nr. 9634). Jur. Bl. 1872, Nr. 9.

Am 12. Februar 1858 verpfändete C zur Sicherstellung des von der priv. österr. Creditanstalt für Handel und Gewerbe ihm eröffneten Acceptationscredites von 25.000 fl. C. M. seine Fabriksgebäude für alle aus dem gewährten Credit erwachsenden Forderungen bis zur Höhe von 25.000 fl. C. M. sammt Nebengebühren. Auf die am 7. Mai 1867 gegen C angestellte Hypothekarklage der Creditanstalt wurde derselben in Folge des vom Beklagten benützten Credites durch Urtheil v. 16. Dec. 1867 der Betrag von 28.725 fl., bestehend aus dem mit dem Rechnungsabschlusse vom 31. Dec. 1864 verbliebenen Saldo von 25.097 fl. und den vom 1. Jänner 1865 bis 15. April 1867 davon berechneten Zinsen und Zinseszinsen im Betrage von 3628 fl. ö. W. zugesprochen. Die Klägerin erwirkte für das Urtheil das executive Pfandrecht an den Fabriksgebäuden des C, welche darauf im Executionswege verkauft wurden. Der von der Versteigerung erzielte Erlös belief sich auf 32.796 fl., von welcher Summe der Creditanstalt für Rechnung ihrer Pfandforderung der Theilbetrag per 26.250 fl.

aus dem gerichtlichen Depositum ausgefolgt wurde. Mit der gegen die jüngeren Hypothekargläubiger angestellten Klage vom 29. April 1869 begehrte nun die Creditanstalt die Ausfolgung des Restes des deponirten Feilbietungsbetrages von 6546 fl., mit folgender Berechnung: a) die mit obigem Urtheil liquidirten Summen von 25.097 fl. und 3628 fl., zusammen 28.725 fl., b) die Zinsen von 28.231 fl. seit 16. April 1867 bis zu dem Tage der begehrten Ausfolgung, als welcher der 16. Mai 1869 angenommen wurde, im Betrage von 3528 fl. und c) 543 fl. Gerichtskosten. Alle drei Posten machen zusammen 32.796 fl. aus; davon die der Klägerin ausgefolgten 26.250 fl. abgezogen, verbleiben die noch im Depositum befindlichen 6546 fl., deren Ausfolgung begehrt wird. Von den Beklagten bestritt nur der Hypothekargläubiger B das Klagebegehren und zwar mit folgenden Einwendungen: 1. die im Grundbuche intabulirte Hypothek an den Fabriksgebäuden des C sei der Creditanstalt zwar für ihre künftigen Forderungen aus dem gewährten Credit und die Nebengebühren, allein, alles in Allem, nur für 25.000 fl. C. M. bestellt worden; das Pfand hafte daher für die Forderungen der Klägerin und die Nebengebühren nur insoweit, als beide zusammen den Betrag von 25.000 fl. C. M. nicht übersteigen. 2. In dem von der Creditanstalt am 7. Mai 1867 gegen C eingeklagten Betrage von 28.725 fl. seien auch Zinsen enthalten, die zur Zeit der Klageanstellung über drei Jahre ausständig, daher bereits verjährt waren. In Wirklichkeit betrage die der Klägerin aus der Creditbenützung des C erwachsene Capitalsforderung nur 21.338 fl. und nur diese Summe nebst den dreijährigen Verzugszinsen, zusammen also der Betrag von 25.179 fl., gebühre ihr von dem Erlöse aus dem Verkaufe der Pfandsachen. Da ihr nun davon 26.250 fl. schon ausgefolgt wurden, habe sie auf den deponirten Rest desselben keinen Anspruch. 3. Die Klägerin könne die seit länger als 3 Jahre ausstehenden Zinsen aus dem Feilbietungserlöse auch deshalb nicht fordern, weil nur dreijährige Zinsen die Priorität des Capitals haben (§. 18 der C. O. von 1781). 4. Durch die Capitalisirung der Interessen in den Büchern der Creditanstalt und durch die Einklagung der aus dem Saldo vom 31. Dec. 1864 und dessen Zinsen und Zinseszinsen bis 15. April 1867 zusammengesetzten Summe von 28.725 fl. sei eine Novation bewirkt worden, kraft welcher nunmehr der Saldo von 28.725 fl. als Capitalsforderung anzusehen war, während die Hypothek — selbst nach der für die Klägerin günstigsten Auffassung — nur für 25.000 fl. C. M. oder 26.250 fl. ö. W. und die Nebengebühren von dieser Summe bestellt worden wäre. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Die (vorhin angeführten) Einwendungen des Beklagten sind ungegründet und nicht geeignet, den Klageanspruch auch nur zum Theile zu entkräften. Ad 1. In der verbücherten Schuld- und Pfandverschreibung vom 12. Februar 1858 bestellte C der Creditanstalt für alle aus dem

eröffneten Credit erwachsenden Forderungen bis zur Höhe von 25.000 fl. C. M. sammt Nebengebühren die Gebäude seiner Fabrik als Hypothek. In dieser Urkunde und in der Intabulation erscheinen daher die Nebengebühren den Forderungen bis zur Höhe von 25.000 fl. zur Seite gestellt und wird ausdrücklich die Summe der Forderungen, nicht die Summe der Forderungen sammt Nebengebühren, mit 25.000 fl. begrenzt; die als Pfand verschriebenen Realitäten, resp. der Erlös aus dem Verkaufe derselben haftet somit für alle aus dem Acceptationscredit entstandenen Forderungen bis zum Betrage von 25.000 fl. und außerdem für deren Nebengebühren. Ad 2. Die Behauptung des Beklagten, daß in der von der Creditanstalt am 7. Mai 1867 gegen C als Pfandschuldner eingeklagten Summe von 28.725 fl. Zinsen enthalten waren, die länger als drei Jahre von der Klage zurückgerechnet ausstanden, vermag die von ihm daraus hergeleitete Einwendung der Verjährung nicht zu begründen, da das Urtheil, mit welchem dieser Betrag der Creditanstalt zugesprochen wurde, in Rechtskraft getreten und auf Grund desselben das executive Pfandrecht an den Fabriksgebäuden im Grundbuche eingetragen worden ist, und dem zur Entscheidung des heutigen Processes berufenen Gerichte nicht zusteht, zu prüfen, ob in der rechtskräftig zuerkannten und executiv intabulirten Summe Zinsenbeträge begriffen seien, gegen die wohl in dem damaligen, nicht aber in dem gegenwärtigen Rechtsstreite, die Verjährung hätte eingewendet werden können. Ad 3. Die Anwendung des §. 18 der E. O. von 1781 kann hier deshalb nicht zur Sprache kommen, weil das Pfandrecht der Zinsen, denen der Beklagte die Priorität der Hypothek des Capitals bestreitet, mit dieser Priorität bereits im Grundbuche eingetragen ist. Ad 4. Nach der vom Beklagten nicht widersprochenen Anführung der Klägerin belief sich der Ende 1864 ihr zu Gute kommende Saldo auf 25.097 fl. und die von ihr am 7. Mai 1867 eingeklagte Summe von 28.725 fl. enthielt außer diesem Saldo noch die davon berechneten Zinsen und Zinseszinsen, indem am Schlusse der Jahre 1865 und 1866, dann am 15. April 1867 die bis dahin ausständigen Interessen zu dem Saldo geschlagen und von da ab verzinst wurden. Der Beklagte gibt zu, daß die Klägerin nach dem Art. 291 H. G. B. zu dieser Zinsencapitalisirung berechtigt war; er behauptet aber, daß, indem jene Zinsen wieder verzinst und in dem Urtheile vom 16. Dec. 1867 als ein Theil des Saldo von 28.275 fl., nicht abgesondert zuerkannt wurden, eine Novation stattgefunden habe, wodurch die Zinsen in Capital verwandelt wurden. Die Novation wird in den davon handelnden §§. 1375 — 1377 a. b. G. B. als ein (Neuerungs-) Vertrag bezeichnet; es ist also zur Entstehung einer Novation die Einwilligung beider Theile (§§. 869 und 1375 ibid.) nothwendig; allein der Beklagte hat nicht einmal behauptet, daß von Seite des Schuldners der angeblichen Novation zugestimmt worden sei. Da nun die Klägerin nachgewiesen hat, daß in dem ihr zugespro-

chenen Saldo von 28.725 fl. Nebengebühren enthalten sind, nach deren Abzug die Haupt- oder Capitalsforderung den Betrag von 25.000 fl. C. M. nicht erreicht, so stellt sich auch diese Einwendung des Beklagten, nach welcher der Klägerin für den Betrag von 2475 fl., um welchen ihr Saldo von 28.725 fl. die Summe von 26.250 fl. übersteigt, kein Pfandrecht zustände, als unbegründet dar. — Das O. L. G. bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit folgender Begründung: Das vorliegende Creditverhältniß zwischen der Klägerin und C ist nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Nach Art. 291 H. G. B. war die Klägerin berechtigt, bei dem jedesmaligen Abschlusse der laufenden Rechnung mit C von dem laut des Abschlusses ihr gebührenden Ueberschusse, wenn gleich darunter Zinsen begriffen waren, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern, beim nächsten Abschlusse dieselben zum Capital zu schlagen und einen Saldo zu bilden, in welchem sich die einzelnen Posten ohne Unterschied zu einem Ganzen vereinigten. Auf diese Art konnte eine Verjährung der Zinsen des Guthabens der Klägerin in dem vom Beklagten behaupteten Sinn oder der Verlust der Priorität des für dieselben bestellten Pfandes nie eintreten. Es sind daher Zinsen, die vom 16. April 1867, dem Tage der oberwähnten Klage, zurückgerechnet, mehr als drei Jahre rückständig wären, gar nicht vorhanden. Dagegen ist das Pfandrecht für den ganzen zuerkannten Saldo von 28.725 fl., welcher, in so weit er den Betrag von 25.000 fl. C. M. übersteigt, eben nur Zinsen und Zinseszinsen enthält, und für die Zinsen seit 16. April 1867 und die Gerichtskosten, und zwar mit der Priorität vor der Forderung des Beklagten wirksam. Nach dem Gesagten kann auch der §. 18 der C. O. von 1781 hier keine Anwendung per analogiam finden.

Die von dem Beklagten ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde wurde von dem obersten Gerichtshofe verworfen. Gründe: In den untergerichtlichen Urtheilen kann eine Gesetzwidrigkeit oder Ungerechtigkeit nicht gefunden werden, nachdem die Klägerin für ihre aus dem gewährten Credit erwachsenden Forderungen von 25.000 fl. C. M. sammt Nebengebühren eine unbestrittene Priorität des Pfandrechtes erlangt hat, ihr Pfandrecht nach der executiven Verbücherung des Urtheils vom 16. December 1867 für den Saldo von 28.725 fl. und für die Zinsen von 28.231 fl. seit 16. April 1867 nebst Gerichtskosten als wirksam anerkannt ist und der Betrag von 6546 fl., dessen Ausfolgung sie in ihrer Klage begehrt, mit Hinzunahme der ihr früher ausgefolgten 26.250 fl. die pfandrechtlich sichergestellte Summe von 25.000 fl. C. M. sammt Nebengebühren nicht übersteigt, da die Gesammtforderung der Klägerin von 32.796 fl. aus einer 25.000 fl. C. M. nicht übersteigenden Capitalsforderung und deren Nebengebühren besteht. — Die Behauptung des Beklagten, daß entweder die vor der Klage vom 7. Mai 1867 seit mehr als drei Jahren rückständigen Zinsen ausgeschieden werden müßten und der Klägerin das

Pfandrecht nur für ein Capital von 21.338 fl. für die Zinsen der letzten drei Jahre vor jener Klage und die Gerichtskosten zustehe, oder daß das Pfandrecht für die capitalisirten Zinsen über das Maximum von 25.000 fl. C. M. hinaus unwirksam sei, ist nicht gegründet, weil durch die nach Art. 291 H. G. B. gerechtfertigte Capitalisirung der bei jedem Rechnungsabschlusse in dem Saldo einbezogenen Zinsen — wodurch weder der Gegenstand noch der Rechtsgrund der Forderung geändert wurde — das für die capitalisirten Zinsen aus dem Creditvertrage und der Intabulation bereits erworbene Pfandrecht nicht verloren gehen konnte, und die Beschränkung der Pfandrechtspriorität der Zinsen auf die letzten drei Jahre vor der Klage durch die besagte Capitalisirung die Anwendbarkeit auf die jeweils in dem Saldo einbezogenen Zinsen verloren hat.

Nr. 4453.

Auslegung des im §. 594 a. b. G. B. gebrauchten Ausdruckes: „besoldete Hausgenossen".

Entsch. v. 24. Jänner 1872, Nr. 13261 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Olmütz v. 21. März 1871, Nr. 1171 und des O. L. G. Brünn vom 29. August 1871, Nr. 7276). G. H. 1872, S. 54.

M hat in seinem Nuncupativtestament den B als Erben eingesetzt. Zwei von den Zeugen des letzten Willens sind als Knechte gegen Lohn in dem Dienste des B und wohnen in dem Hause desselben Nr. 6 in X, in welchem B seine Schneiderwerkstatt hatte; er selbst bewohnt das ebenfalls ihm gehörende Haus Nr. 4. Der in dem Testamente nicht bedachte Intestaterbe A belangte nun den B wegen Ungiltigkeit des Testamentes nach §§. 594 und 601 a. b. G. B., indem er die erwähnten zwei Zeugen als besoldete Hausgenossen des Beklagten qualificirte. — Beide Untergerichte erkannten gegen das Klagebegehren, weil nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nur jene Personen „Hausgenossen" sind, die mit einander in gemeinschaftlichem Haushalte leben, von dem Kläger aber das Vorhandensein eines die fraglichen Zeugen und den B vereinigenden gemeinsamen Haushaltes nicht einmal angeführt, vielweniger bewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde des A. Gründe: Da die zwei Zeugen in dem von B bewohnten Hause niemals gewohnt haben, so kann in der Anschauung der Untergerichte, daß sie nicht als Hausgenossen des Letzteren zu betrachten seien, obschon sie in einem ebenfalls dem B gehörenden Hause wohnen, in welchem er seine Werkstatt hat, eine Gesetzwidrigkeit nicht erkannt werden.

Nr. 4454.

Anſpruch des Armenvertreters auf Erſatz von Mundirungskoſten aus dem Staatsſchatze?

Entſch. v. 24. Jänner 1872, Nr. 14821 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des K. G. Stanislau v. 15. April 1871, Nr. 4155 und des O. L. G. Lemberg v. 26. Juli 1871, Nr. 16334). Jur. Bl. 1872, Nr. 35.

Der Advocat A, welcher als unentgeltlicher Vertreter einer das Armenrecht genießenden Partei deren Proceß gegen den Fiscus peto. grundbücherlicher Löſchung einer Caution geführt hatte, ſtellte die Bitte, daß ihm der Erſatz der für das Reinſchreiben von Eingaben, Rubriken und Beilagen von ihm aufgerechneten Beträge zugeſprochen und aus dem Staatsſchatze verſchafft werde (Alinea 3 des §. 16 Advoc.-Ordn.).

Sein Geſuch wurde in allen Inſtanzen abgewieſen, — von dem oberſten Gerichtshofe mit der Begründung, daß es ſich offenbar nicht um baare Auslagen handelt, die A in dieſer Angelegenheit ſpeciell beſtritten hat und die ihm nach dem citirten Paragraph der Advoc.-Ordn. ausnahmsweiſe der Staat zu vergüten hätte.

Nr. 4455.

Vollſtreckbarkeit eines in Preußen zur Rechtfertigung einer daſelbſt erfolgten Beſchlagnahme von Vermögensſtücken eines Oeſterreichers ergangenen Urtheiles in Oeſterreich.

Entſch. v. 24. Jänner 1872, Nr. 612 (Beſt. des Decr. des L. G. Krakau v. 17. Auguſt 1871, Nr. 14967, Abänd. des Decr. des O. L. G Krakau v. 27. Dec. 1871, Nr. 19419). G. H. 1872, S. 132.

Die Firma A in Breslau hatte eine auf preußiſchem Gebiete befindliche Partie Wolle ihres Schuldners B in Krakau mit Arreſt belegt, darauf zur Rechtfertigung der Beſchlagnahme gegen ihn bei dem preußiſchen Gerichte die Klage auf Zahlung ſeiner Schuld per 11.701 Thaler angeſtellt und das auf Zahlung dieſer Summe lautende Urtheil erwirkt. Nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntniſſes begehrte die Firma A bei dem L. G. in Krakau im Executionswege die Pfändung der Fahrniß des B und die Pfandrechtsintabulation auf Liegenſchaften desſelben. — Das L. G. bewilligte das Geſuch zur Befriedigung der obenbezeichneten Forderung von 11.701 Thaler abzüglich der aus dem Verkauf der mit Arreſt belegten Wolle des B erzielten Summe von 9434 Thaler. — Das O. L. G. ſprach ſich gegen die Vollſtreckbarkeit der preußiſchen Urtheile aus und verweigerte die nachgeſuchte Execution.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Verordnung. Gründe: Die vorgelegten Urtheile der preußiſchen Gerichte zweiter und dritter Inſtanz ſind rechtskräftig, mit der Vollſtreckungsclauſel verſehen, daher nach den Vereinbarungen beider Staaten, insbeſondere

nach Hofdcr. vom 4. Auguſt 1840, J. G. S. Nr. 460, und nach den Miniſt.-Verordn. vom 14. Auguſt 1857, Nr. 153 und 10. October 1857, Nr. 190 des R. G. Bl. unbedingt in Oeſterreich vollſtreckbar. Die darin ausgeſprochene Zahlungspflicht des B iſt keineswegs darauf beſchränkt, daß der Verurtheilte die Zahlung nur aus dem Erlöſe von dem Verkauf der mit Arreſt belegten Wolle zu leiſten hatte. Fehlt aber dieſe Einſchränkung, ſo bedurfte es nicht des ausdrücklichen Beiſatzes, daß B die Zahlung auch mit ſeinem ſonſtigen, namentlich mit dem in Oeſterreich befindlichen Vermögen zu leiſten habe. Dieſer Beiſatz wäre überflüſſig geweſen, weil er nur ausgedrückt hätte, was ſelbſtverſtändlich ſchon in dem Urtheile enthalten war. Es kann daher der Abgang desſelben einen Grund zur Verweigerung der Execution (wie das O. L. G. meinte) nicht bilden. Auch die (von B inſinuirte) Annahme, daß das preußiſche Gericht als Gerichtsſtand des Vertrages erkannt habe, iſt ganz unbegründet, daher die Frage: wo dem B die angebrachte Klage zugeſtellt wurde, ob ſie ihm an dem Orte des Vertrages behändigt worden ſei, ohne Belang, weil dieſe Frage nach der Miniſt.-Verordn. vom 14. Auguſt 1857, Nr. 153, eben nur in dem Falle entſcheidend iſt, wo der Gerichtsſtand des Vertrages Platz greift. Aus den Vorlagen iſt weiters erſichtlich, daß die preußiſchen Gerichte ihre Zuſtändigkeit auf den von ihnen bewilligten Arreſt der bei der klagenden Firma in Breslau liegenden Wolle des B ſtützten, zu deſſen Rechtfertigung die Firma eben die Klage anſtellte. Waren nun die preußiſchen Gerichte in dieſem Streite überhaupt zur Entſcheidung competent, ſo muß ihr Urtheil gegen den Beklagten in reciproker Anwendung der §§. 29 und 70 J. N. auch hierlands vollſtreckbar ſein. — Was endlich die Höhe der Forderung anbetrifft, für welche das Gericht erſter Inſtanz die Execution bewilligte, ſo hat dasſelbe mit Recht die Summe von 9434 Thaler als den aus dem Verkauf der Wolle erlöſten Betrag angenommen, da dieſer Erlös durch Atteſt des Breslauer Stadtgerichtes beſtätigt iſt; und was die Abrechnung des Erlöſes von der zuerkannten Forderung anbelangt, iſt der erſte Richter, indem er, ohne ſich auf eine ziffermäßige Berechnung einzulaſſen, die adjudicirte Summe anführte und derſelben den Betrag des Erlöſes der verkauften Wolle als Abzugspoſt entgegenſtellte, dem Vorwurfe einer einſeitigen Abrechnung im Vorhinein begegnet.

Nr. 4456.

Exceptio rei non sic sed aliter gestae: rechtliche Natur und Einfluß derſelben auf das Beweisthema.

Entſch. v. 25. Jänner 1872, Nr. 4321 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des B. G. Alt- und Neuſtadt Prag v. 20. Juli 1870, Nr. 17884 und des O. L. G. Prag v. 29. Dec. 1870, Nr. 43562). G. Z. 1872, Nr. 44.

Die Klage des Architekten A gegen B wegen Zahlung des Lohnes für die auf Beſtellung des Beklagten vom Kläger gelieferten

Baupläne, Kostenüberschläge u. s. w. zum Neubau des Hauses des Beklagten in Prag Nr. C. 992 wurde von A auf die Anführung gegründet, daß B die Ausarbeitung des Projectes für den besagten Neubau bei A bestellt habe. Zum Beweis dieser Thatsache deferirte A dem B den Haupteid, und um das eingeklagte Ausmaß des Lohnes, worüber eine Abrede nicht getroffen worden war, zu rechtfertigen, trug A den Sachbefund über die gelieferte Arbeit an und erbot sich auch zur eidlichen Selbstschätzung. Darauf entgegnete der Beklagte B, daß die Sache sich anders verhalte: er habe nämlich dem A erklärt, daß ihm freistünde, das Project für den Umbau des Hauses zu machen, daß aber er, Beklagter, ihm für ein solches Bauproject gar nichts bezahlen werde, sondern, falls er daran Gefallen fände, ihm die Ausführung des Baues anvertrauen wolle. Darüber deferirte B dem A den Haupteid. — Nach vorgängiger Aufnahme des von A angetragenen Sachbefundes wurde von beiden Untergerichten auf den von A dem B aufgetragenen Haupteid sowie auf den Schätzungseid des Ersteren erkannt und vom Erfolg dieser Beweisführungen die Proceßentscheidung abhängig gemacht. — Dagegen ergriff nun der Beklagte die a. o. Revisionsbeschwerde, weil seine „Einwendung", dem Kläger erklärt zu haben, daß ihm freistünde u. s. w. (wie oben), worüber er dem Kläger den Haupteid aufgetragen, keiner Beachtung gewürdigt wurde, obgleich diese Umstände offenbar entscheidend seien; denn durch die ausdrückliche Abrede, daß der Kläger für das Bauproject keine Zahlung bekommen sollte, werde die im §. 1152 a. b. G. B. aufgestellte und den untergerichtlichen Erkenntnissen zum Grund gelegte Vermuthung der Einwilligung des Beklagten in einen angemessenen Lohn von vornherein ausgeschlossen.

Der oberste Gerichthof verwarf die Beschwerde. Gründe: In der Erwägung, daß die Behauptung des Beklagten: er habe dem Kläger lediglich freigestellt, die Skizzen und Pläne für den Neubau des Hauses Nr. C. 992 zum Zweck der Bewerbung um die Uebernahme dieser Bauführung zu verfertigen, wobei ausdrücklich erklärt worden sei, daß er dem Kläger für ein solches Bauproject nichts zahlen werde, in jenen Angaben des Klägers, worüber von den Untergerichten der von demselben deferirte Haupteid zugelassen wurde, im Falle des gelungenen Beweises ihre Widerlegung findet, somit keine Einrede im technischen Sinne begründet, sondern nur als qualificirter Widerspruch, als Negation mittelst abweichender Darstellung des Sachverhaltes aufzufassen ist und nur die Wirkung hat, daß die Anführungen des Klägers bewiesen werden müssen; daß die den Beweissatz bildenden thatsächlichen Momente ganz richtig unter den Begriff einer Bestellung subsumirt wurden und in Consequenz dessen der §. 1152 a. b. G. B. als maßgebend erscheint, vermag der oberste Gerichtshof keine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit in den gleichförmigen Entscheidungen der Untergerichte zu erkennen und mußte daher die a. o. Revisionsbeschwerde des Beklagten zurückweisen.

Nr. 4457.

Hauszinssteuer von Bretterhütten: rechtliche Natur derselben.

Entsch. v. 30. Jänner 1872, Nr. 810 (Best. des das Decr. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 6. Oct. 1871, Nr. 12790, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 29. Nov. 1871, Nr. 21853). Jur. Bl. 1872, Nr. 36.

Die Finanzprocuratur begehrte in Vertretung des Fiscus die Ausfolgung der 99 fl., die als Erlös der executiven Versteigerung einer Bretterhütte in der Brigittenau bei Gericht deponirt worden waren, für einen Hauszinssteuerrückstand. — Das Gericht erster Instanz wies das Gesuch zurück, mit der Begründung, daß die verkaufte Bretterhütte, so wenig wie alle übrigen in dem Grundbuche nicht eingetragenen Hütten der Brigittenau, mit der Bestimmung, dauernd auf dem Grunde zu bleiben, aufgeführt worden ist, mithin als eine unbewegliche Sache nicht angesehen werden kann (§. 297 a. b. G. B.), folglich die von diesen Hütten zu entrichtende Hauszinssteuer keine Realsteuer ist, der die dingliche Haftung und das gesetzliche dreijährige Vorzugsrecht zu statten kommt. — Das O. L. G. bewilligte die Ausfolgung aus folgenden Gründen: Die Hauszinssteuer gehört nach ihrer rechtlichen Natur zu den Realsteuern, die im Gegensatze zu den Personalsteuern auf der Sache haften und für die nicht mehr als dreijährigen Rückstände das Vorrecht vor allen Pfandforderungen haben. Die Frage, ob die verkaufte Hütte zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu zählen sei, ist ganz unentscheidend, weil die beigebrachten Neuerungsbeweise zeigen, daß dieselbe mit der Hauszinssteuer belegt und dadurch als ein zur Realbesteuerung geeignetes Object anerkannt ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung aus deren Gründen.

Nr. 4458.

Sistirung der Execution gegen gerichtlichen Erlag der Schuld und der bereits liquidirten Kosten.

Entsch. v. 30. Jänner 1872, Nr. 875 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Selčan v. 22. Nov. 1871, Nr. 6940 und des O. L. G. Prag vom 19. Dec. 1871, Nr. 41856). G. H. 1872, S. 202.

B, gegen welchen sein Gläubiger A die executive Sequestration eines Ausgedinges erwirkt hatte, deponirte bei Gericht am Tage vor dem zur Einführung des Sequesters bestimmten Termin den Betrag seiner Schuld und der bis dahin liquidirten Gerichtsgebühren mit der Bitte um Sistirung des Vollzuges der Sequestration. Den Erlag begründete B mit der Abwesenheit des A. Seinem Gesuche wurde in allen Instanzen stattgegeben, — von dem obersten Gerichtshofe mit der Motivirung, daß mit Rücksicht auf den Zweck der Executions-

führung: dem Gläubiger die Befriedigung zu verschaffen, dem Executen das Recht, jeden Executionsact durch den Erlag des Schuldbetrages abzuwenden, nicht abgesprochen werden kann; daß B seine Schuld und den Betrag der zur Zeit liquidirten Nebengebühren deponirt hat und daß dem Executionsführer bevorsteht, seine etwa noch vorhandene Restzahlung zu liquidiren, die Fortsetzung der Execution aber, so lange dies nicht geschehen, unstatthaft ist.

Nr. 4459.

Versprechen des Verkäufers, dem Käufer für die Bezahlung der auf der verkauften Realität haftenden Forderungen Ersatz zu leisten: Bezahlung einer nur (und überdies simultan) pränotirten Forderung. — Unzulässigkeit der Compensation mit einer erst nach erfolgter Abtretung entstandenen Gegenforderung gegen den Cedenten.

Entsch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 9585 (Best. des das Urth. des B. G. Rakonitz v. 20. Oct. 1870, Nr. 5819, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 28. Februar 1871, Nr. 6356). G. Z. 1872, Nr. 101.

B kaufte im März 1863 von C die Liegenschaft Nr. 47 in Lubna und blieb ihm einen Kaufschillingsrest schuldig, welcher auf der besagten Liegenschaft pfandrechtlich sichergestellt wurde. Am 20. Mai 1863 cedirte C diese Forderung dem A, der sie gegen B einklagte. Der letztere verlangte, daß auf Grund der Compensation von der Klagesumme der Betrag von 420 fl. abgezogen werde, welcher als eine Forderung des D gegen C im Jahre 1862 auf der Liegenschaft Nr. 47 für D pränotirt und von B, ohne daß er die Zahlung auf Abschlag des Kaufschillings übernommen hatte, am 3. Juni 1863 dem D gezahlt worden ist.

Diese in erster Instanz zugelassene Einrede wurde vom obersten Gerichtshofe in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz aus den nachstehenden den Sachverhalt ergebenden Gründen abgewiesen: Der Streit der Parteien gipfelt in der Frage, ob die auf Abschlag des Kaufschillings nicht übernommene Forderung des D, welche der Käufer und Beklagte B dem D gezahlt hat, vom Kaufschillingsrest dem Kläger A gegenüber in Abzug gebracht werden darf. In erster Linie beruft sich der Beklagte B auf Absatz 8 seines Kaufvertrages mit C vom 7. März 1863, wonach der Verkäufer C sich verpflichtete, wenn irgend eine alte auf Abschlag des Kaufschillings nicht zugewiesene Schuld aus was immer für einer Ursache bezahlt werden müßte, dem Käufer B so viel zu ersetzen, als diese Schuld betrüge. Diese eventuelle Ersatzverbindlichkeit des C ist laut Grundbuchsextract auf der bei der verkauften

Liegenſchaft intabulirten Kaufſchillingsreſtforderung desſelben pfandrechtlich insbeſondere ſichergeſtellt worden, überging daher unzweifelhaft auch auf den Kläger A, welchem die Forderung des Kaufſchillingsreſtes durch die intabulirte Ceſſion vom 20. Mai 1863 abgetreten wurde. Allein die von B bezahlte Forderung des D war auf der Liegenſchaft Nr. 47 blos pränotirt und B konnte vor der Rechtfertigung der Vormerkung, welche wider C, den früheren Beſitzer der Realität als Perſonalſchuldner der Forderung zu erwirken geweſen wäre, in keiner Weiſe angehalten werden, dieſe lediglich bedingte Hypothekarſchuld zu berichtigen. Das Argument des Beklagten B, daß bei der Richtigkeit der Forderung des D dieſelbe endlich doch einmal vom Käufer als Beſitzer der Pfandſache hätte gezahlt werden müſſen, erſcheint wegen der wortdeutlichen Faſſung des 8. Vertragsabſatzes dermalen um ſo weniger von Gewicht, als die Pränotation der Forderung des D ſimultan auch auf einer zweiten Realität, Nr. 30, haftete, ſomit die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen war, daß D nach Umwandlung ſeines bedingten Pfandrechtes in ein unbedingtes auf dieſe letztere Hypothek gegriffen hätte, die ihm laut Ausweis des Klägers volle Sicherheit bot. Der perſönliche Erſatzanſpruch aber, welcher dem Beklagten aus der für C als Perſonalſchuldner des D geleiſteten Zahlung gegen C nach den §§. 1422, 1423 und 1358 a. b. G. B. zuſteht, iſt laut der Quittung des D erſt am 3. Juni 1863 entſtanden, eignet ſich daher nicht zur Compenſation gegen die ſchon am 20. Mai 1863 dem Kläger abgetretene Kaufſchillingsforderung des C, weil im Sinne des §. 1442 a. b. G. B. dem Ceſſionär die erſt nach der Ceſſion entſtandene Gegenforderung des Ceſſus an den Cedenten zur Compenſation nicht entgegengeſetzt werden kann.

Nr. 4460.

Subſtantiirung einer Klage auf Erſatz von Verpflegungskoſten.

Entſch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 10169 (Beſt. des Urth. des B. G. Caſtelnuovo v. 11. Nov. 1870, Nr. 3852, Abänd. des Urth. des O. L. G. Trieſt v. 17. März 1871, Nr. 1050). G. Z. 1873, Nr. 86.

A überließ dem B ſein Anweſen um den Preis von 483 fl.; B verpflichtete ſich, an Stelle der Barzahlung dieſer Summe, zur vollen Verpflegung — Wohnung, Koſt und Kleidung — des A, der Ehefrau und der Kinder desſelben auf Lebenszeit. B wurde ſchon in dem zweiten Jahre ſeiner Pflicht untreu, ſo daß A gezwungen war, das Haus des B zu verlaſſen und für ſich und ſeine Kinder auf andere Weiſe zu ſorgen. Nach Verlauf von drei Jahren belangte er den B wegen Zahlung von 1095 fl. für die während dieſer Zeit ihm und ſeiner Familie vorenthaltene Verpflegung. — In erſter Inſtanz wurde das Begehren abgewieſen. — Das O. L. G. verurtheilte den

Beklagten aus den nachstehenden Gründen zur Zahlung von 116 fl. 16 kr.: Die von dem Kläger begehrte Summe ist mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Parteien und auf den Ort des Vertragsabschlusses etwas hoch gegriffen; und da es sich im Wesentlichen um eine Leibrentenleistung handelt, erscheint das vom Beklagten selbst vorgeschlagene Maß von 8 Percent der Summe von 483 fl., mit welcher das überlassene Anwesen in dem Vertrage bewerthet wurde, als entsprechender, sowohl im Hinblick auf die Natur der Leistungen als auf die ökonomischen Verhältnisse der Streittheile. Es wurde daher für billig erachtet, die begehrte Entschädigung für die dem Kläger entgangenen Leistungen mit jährlichen 38 fl. 72 kr. festzusetzen und demselben auf drei Jahre den Gesammtbetrag von 116 fl. 16 kr. zuzuerkennen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Dem Begehren des Klägers kann auch nicht zum Theile stattgegeben und kann ihm in diesem Rechtszuge gar kein Betrag für die entgangenen Leistungen zuerkannt werden. Denn angenommen, daß der Beklagte kraft des Vertrages verpflichtet gewesen wäre, irgend welche Leistung in den berührten drei Jahren dem Eheweibe und den Kindern des Klägers zu machen, würde doch dem Letzteren, da nicht hervorgeht, daß er für die Bedürfnisse jener Personen gesorgt habe, keineswegs das Recht zustehen, einen Anspruch für die dem Eheweibe und den Kindern entgangenen Leistungen zu erheben. Es wäre daher der Kläger zu einer Ersatzforderung nur in so weit berechtigt gewesen, als der Beklagte in Rücksicht seiner (des Klägers) Person die aus dem Vertrage entspringenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt hat, und da die verlangte Entschädigung in dem Werthe von nicht geschehenen Leistungen bestand, lag dem Kläger ob, die nothwendigen Daten zur Feststellung des Betrages zu liefern. Der Kläger hat aber keinen Umstand angeführt, vielweniger bewiesen, der auf diese Feststellung von irgend welchem Einflusse sein konnte, und während die in dem Vertrage angeführten Leistungen das Entgeld für die Abtretung von Liegenschaften bilden, deren Preis nur auf 483 fl. festgesetzt wurde, liegt in dem Processe gar nichts vor, woraus das Maß der im ersten Vertragsjahre erfolgten Leistungen zu entnehmen wäre. Da also keine Grundlage geboten war, um ein angemessenes Aequivalent für die nach dem gedachten Vertrage der Klageseite gebührenden Leistungen festsetzen zu können, mußte das auf Abweisung des Begehrens lautende Urtheil der ersten Instanz bestätigt werden.

Nr. 4461.

Beweis der Begründung des Gerichtsstandes des Vertrages durch den Eid über eine auch für die Hauptsache entscheidende Thatsache.

Entsch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 11521 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 27. Sept. 1870, Nr. 49974 und des O. L. G. Wien vom 16. Februar 1871, Nr. 1262). G. Z. 1872, Nr. 35.

A klagte gegen B eine Honorarforderung für Vermittlung eines Darlehens ein, behauptend, B habe den C zur Negociirung des Darlehens und zur Bestimmung des Vermittlungshonorars ermächtigt, in Folge dessen C dem Kläger ein Honorar von 1000 fl. für Zustandebringung des Darlehens und die Zahlung dieses Honorars in Wien zusicherte. Der Geklagte wendete die Incompetenz des angerufenen Gerichtes ein, dem er nach seinem Wohnsitze nicht untersteht. — Das Gericht erster Instanz erkannte: die exceptio fori habe dann nicht statt, wenn dem Kläger gelingt, sowohl die Thatsache, daß B den C ermächtigte, für ihn ein Darlehen aufzunehmen und dem Vermittler ein Honorar hiefür zuzusagen, durch den irreferibel aufgetragenen Haupteid, als auch das Factum, daß C im Namen des B dem Kläger das Vermittlungshonorar für die Verschaffung des Darlehens in Wien zu bezahlen versprochen habe, durch den zurückschiebbar aufgetragenen Haupteid als wahr zu erproben. Daß auch in diesem Incidentstreite das Factum der Bevollmächtigung zu erweisen sei, begründete das Gericht damit, daß nur unter Voraussetzung einer Bevollmächtigung durch die Zusicherung des C ein rechtsverbindliches Versprechen für B abgegeben und die Competenz des Gerichtes als forum contractus begründet werden konnte. — Auch das O. L. G. entschied, daß beide Facta zu beweisen seien, um die Verwerfung der Einwendung des unzuständigen Gerichtes aussprechen zu können, und daß durch den sententionirten ersten Eid der Entscheidung in der Hauptsache keineswegs in einer Art präjudicirt werde, daß deshalb allein dieser Haupteid als unzulässig und die unbedingte Verwerfung der fraglichen Einwendung als geboten erschiene.

Der oberste Gerichtshof hat die untergerichtlichen Urtheile aufrecht erhalten.

Nr. 4462.

Amortisation eines Sparcassebuches: rechtliche Folgen der Auszahlung von Interessen an den Präsentanten desselben im Laufe des Amortisationsverfahrens.

Entsch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 13491 (Best. des das Urth. des L. G. Triest v. 14. Dec. 1870, Nr. 9205, abänd. Urth. des O. L. G. Triest vom 6. Juli 1871, Nr. 1448). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 13.

Katharina Schwigl hatte bei der Triester Sparcasse 800 fl. eingelegt, wofür ihr das auf Katharina Schwiegl lautende mit Nr. 18847

bezeichnete Sparcaſſebuch ausgeſtellt wurde. Den Empfang der Zinſen beſtätigte ſie jedesmal mit ihrer Unterſchrift (Katharina Schwigl). Nach einiger Zeit ſtarb in dem Stadtſpitale zu Trieſt eine Frauensperſon gleichen Namens: Katharina Schwigl, ohne Teſtament. Das vorerwähnte Sparcaſſebuch wurde nicht in ihrem Nachlaſſe gefunden, und ſie ſelbſt hatte niemals ſich geäußert, es zu beſitzen. Ihre Erben, die auf eine unaufgeklärt gebliebene Weiſe von der Exiſtenz der obigen Geldeinlage Kenntniß bekommen hatten, ließen dieſelbe in den inventariſchen Activſtand der Verlaſſenſchaft aufnehmen, leiteten gegen den unbekannten Beſitzer des Sparcaſſebuches das Amortiſationsverfahren ein, erwirkten die Amortiſation und erhielten nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntniſſes, worin die Beſitzerin des Einlagebuches als Katharina Schwiegl bezeichnet war, von der Sparcaſſe die Summe von 767 fl. 71 kr., auf welche das Sparcaſſebuch noch lautete. Allein bald darauf präſentirte X das amortiſirte Sparcaſſebuch, um für ſeine Mandantin und Beſitzerin des Buches Katharina Schwigl die Geldeinlage zu erheben. Die Sparcaſſe behielt das Buch und bedeutete dem X, daß es amortiſirt und daß das Geld nebſt Zinſen darauf von dritten Perſonen eincaſſirt worden ſei. Nun erinnerte ſich die (lebende) Katharina Schwigl, ſelbſt und durch X und Y während der Amortiſations-Edictalfriſt gegen Vorweiſung des Sparcaſſebuches bei der Sparcaſſe einigemale Geldſummen erhoben zu haben, und belangte die letztere mit einer Klage, in welcher ſie der Sparcaſſe wegen Ausfolgung des Geldes an Perſonen, die durch den Beſitz des Buches nicht legitimirt waren, ein Verſchulden zuſchrieb und darauf hin begehrte, daß die Sparcaſſe ihr zum Erſatze der 767 fl. 71 kr. condemnirt werde. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf Abweiſung der Klage, weil die Sparcaſſe in Folge der Amortiſation zur Auszahlung der 767 fl. 71 kr. ohne Vorweiſung des Sparcaſſebuches ermächtigt; weil ſomit die Sparcaſſe eines Mangels der nöthigen Aufmerkſamkeit und Fleißes nicht beſchuldigt werden kann, vielmehr die Klägerin ſelbſt in culpa iſt, da ſie, als Beſitzerin des Einlagebuches, innerhalb der Edictalfriſt ſich nicht gemeldet hat, und weil die von der Sparcaſſe während dieſer Friſt nach Vorweiſung des Buches geleiſteten Zahlungen nicht einen Schadenerſatzanſpruch für die Klägerin, ſondern nur für diejenigen begründen könnten, welche die Amortiſation eingeleitet und durchgeſetzt haben. — Von dem O. L. G. wurde die Sparcaſſe zur Zahlung der eingeklagten Summe nebſt Intereſſen vom Tage der Klagezuſtellung an, verurtheilt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz in Erwägung, daß die Sparcaſſe, als ihr während der Edictalfriſt zweimal von der Klägerin und anderemale von deren Mandanten das Einlagebuch präſentirt wurde, unterließ, den Vorzeiger von der Anhängigkeit des Amortiſationsverfahrens in Kenntniß und dadurch in die Lage zu ſetzen, die von der Möglichkeit eines Mißverſtändniſſes

(equivoco) oder eines unrechtmäßigen Beſitzes gebotenen Vorkehrungen zu treffen; daß die Sparcaſſe es hiemit an jenem Grade von Fleiß und Aufmerkſamkeit fehlen ließ, deſſen ſich unter den obwaltenden Umſtänden Jeder, der ſeine Erſparniſſe dieſer Anſtalt anvertraute, bei ihren Organen gewärtigen durfte, folglich die Anwendung des von der Klägerin angerufenen §. 1295 a. b. G. B. gegen die beklagte Sparcaſſe ausreichend gerechtfertigt iſt.

Nr. 4463.

Beſitzklage: factiſcher Beſitz als Vorausſetzung des Anſpruchs auf Schutz im Beſitz.

Entſch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 756 (Beſt. des das Decr. des B. G. Groß-Meſeritſch v. 28. Auguſt 1871, Nr. 5786, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 17. Oct. 1871, Nr. 12197). G. Z. 1872, Nr. 72.

Das im Executionswege verſteigerte Gut X, welches mit der im Edict aufgenommenen Clauſel, daß alle Feldfrüchte desſelben mitverkauft werden, feilgeboten war, wurde von A erſtanden, welcher alsbald mit B, dem Pächter des Gutes, in Conflict kam, weil dieſer die auf den Grundſtücken gewonnene Gerſte und Linſenfrucht wegführte, nachdem A ſelbſt die Gerſtenfrucht bereits hatte binden laſſen. Deshalb belangte A den B mit der Beſitzſtörungsklage, welcher das Gericht erſter Inſtanz mit Bezugnahme auf die oben angeführte Edictsclauſel, auf §. 1121 a. b. G. B., wonach im Falle des Zwangsverkaufes der Beſtandnehmer dem Käufer weichen muß, und auf den Beſitzact des Klägers (indem er die Gerſtenfrucht binden ließ) ſtattgab.

In Uebereinſtimmung mit der zweiten Inſtanz hat der oberſte Gerichtshof die Klage abgewieſen. Gründe: Der Kläger verlangt Schutz im Beſitze der Realität X ſowie der darauf befindlichen Feldfrüchte. In erſterer Beziehung vermochte er aber blos den Titel zum Eigenthum, keineswegs auch eine unmittelbare oder mittelbare Beſitzerwerbungsart darzuthun. Was dann die vom Beklagten von einem der Felder weggeführten Früchte, beſtehend in Gerſte und Linſen, betrifft, ſo wurden dieſelben unbeſtrittenermaßen von ihm als Pächter abgeſondert und hat der Kläger an dieſen Acceſſorien des Grundes, ſo weit ſie gemäß §. 295 a. b. G. B. als ſelbſtſtändiges Beſitzobject in Betracht kommen, eben ſo wenig einen Act der Beſitzergreifung vollzogen, zumal das bloße Binden der von einem Dritten geſchnittenen Gerſte nicht geeignet iſt, den Kläger als den letzten factiſchen Beſitzer beider Fruchtgattungen erſcheinen zu laſſen.

Nr. 4464.

Gegenseitiges Verhältniß des Erkenntniß- und des Tabulargerichtes.

Entsch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 762 (Best. des Decr. des B. G. Gaya v. 20. Juli 1871, Nr. 8208, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn vom 24. Oct. 1871, Nr. 13315). G. Z. 1872, Nr. 74.

Auf das mit der rechtskräftigen Wechselzahlungsauflage des K. G. Ungarisch-Hradisch instruirte Gesuch des A wurde vom K. G. die Intabulation des Pfandrechtes für die bereits pränotirte Wechselforderung bewilligt, auf dessen Requisition vom B. B. Gaya als Tabulargericht vollzogen, nachher aber unbegründeter Weise wieder gelöscht. Darauf erneuerte A das Intabulationsgesuch nicht beim genannten K. G., sondern beim Tabulargericht Gaya und wurde vom O. L. G., unter Abänderung des bewilligenden Bescheides der ersten Instanz, mit Berufung auf §. 322 a. G. O. (Competenz des Cognitionsrichters zur Bewilligung des executiven Pfandrechtes) abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen den erstgerichtlichen Bescheid: Es ist zwar richtig, daß die Intabulation des Pfandrechtes für eine pränotirte und nachträglich durch Urtheil liquid befundene Forderung nur von dem Erkenntnißrichter bewilligt werden kann, weil sie einerseits die Rechtskraft des Urtheils zur Voraussetzung hat und andererseits eine Vollstreckung des Erkenntnisses über die Liquidität, zwar nicht zur Eintreibung der Forderung, wohl aber zur Umwandlung des für sie erwirkten bedingten Pfandrechtes in ein unbedingtes darstellt. Im gegebenen Falle ist jedoch die Bewilligung des Erkenntnißgerichtes Ungarisch-Hradisch bereits vorgelegen und die in Folge derselben vollzogene Intabulation — soweit sie zur Ersichtlichmachung der Pränotationsrechtfertigung effectuirt war — unbegründeter Weise von amtswegen wieder gelöscht worden. Wenn nun der Gläubiger neuerlich und zwar unmittelbar bei der Tabularinstanz um die Einverleibung des Pfandrechtes in Wirkung der besagten Justificirung ansuchte, so durfte dieselbe nach der Lage der Acten immerhin einen Tabularact bewilligen, um dessen Vornahme sie vom Erkenntnißrichter schon früher requirirt worden war. Diese Intabulation erscheint übrigens dadurch, daß noch vor der Pränotationsrechtfertigung das Pfandgut in eine zweite Hand überging, nicht behindert, weil auf diese Frage nicht die Minist.-Verordn. v. 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, sondern der §. 443 a. b. G. B. Anwendung findet.

Nr. 4465.

Grundtrennungsgesuch: Zustellung einer Abschrift an jeden Betheiligten.

Entsch. v. 31. Jänner 1872, Nr. 901 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Dux v. 5. Sept. 1871, Nr. 3793 und des O. L. G. Prag v. 16. Oct. 1871, Nr. 34451). Jur. Bl. 1872, Nr. 10.

A hatte die Einleitung des Aufforderungsverfahrens behufs Abtrennung von Bestandtheilen eines Grundbuchskörpers (Gesetz vom 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18) begehrt und zur Verständigung der aufgeforderten Tabulargläubiger für den Erstgenannten ein Pare, für die übrigen Gläubiger nur Rubriken seines Gesuches vorgelegt. — Deshalb wurde sein Gesuch von beiden Untergerichten zurückgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs des A, weil nach dem §. 4 des Gesetzes v. 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18, das Trennungsgesuch, also nicht eine bloße Rubrik desselben jedem Aufgeforderten zuzustellen ist und aus der weiteren Anordnung des citirten Paragraphen, daß die Zustellung an die Aufgeforderten auf die für Klagen vorgeschriebene Weise zu geschehen habe, nicht die (von dem Recurrenten geltend gemachte) Folgerung gezogen werden darf, daß das Trennungsgesuch für die nach dem erstgenannten angeführten dinglich Berechtigten in einfachen Rubriken überreicht werden könne, da der klare Wortlaut der citirten gesetzlichen Vorschrift (Zustellung des Trennungsgesuches) dagegen spricht und zwischen den Aufgeforderten keine Streitgenossenschaft besteht, mithin die kaiserl. Verordn. vom 12. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 112 (betreffend die Zustellung im Falle von Litisconsorten) hier nicht anzuwenden ist.

Nr. 4466.

Ersatzpflicht eines gerichtlich erklärten Verschwenders wegen Verschweigung der Curatelverhängung. — Unterbrechung der Verjährung durch Schuldanerkennung im Zuge des Strafverfahrens.

Entsch. v. 1. Februar 1872, Nr. 10176 (Best. des das Urth. des B. G. Schwechat v. 31. August 1870, Nr. 5293, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 22. März 1871, Nr. 3666). Jur. Bl. 1872, Nr. 6.

Im November 1864 trat A mit dem vom L. G. Wien am 16. September 1862 wegen Verschwendung unter Curatel gesetzten B in Graz, wo dieser durch längere Zeit lebte, in Geschäftsverbindung und übergab dem B, welcher den Umstand, daß er unter Curatel stand, ihm verschwiegen hatte, Gefälligkeitsaccepte auf den Betrag von 1020 fl. Zur Verfallzeit löste A die Wechsel ein, für die ihm B nur 200 fl.

als Deckung zugesendet hatte. Im Juli 1865 erhielt A die erste Nachricht von der über B verhängten Curatel. Der Letztere verfiel in eine strafgerichtliche Untersuchung wegen des Verbrechens des Betruges, wurde aber von dem L. G. in Graz am 4. October 1866 wegen Unzulänglichkeit der Beweise freigesprochen. Nun belangte A mit der Klage vom 18. October 1868 den B auf Zahlung der ungedeckten 820 fl. — In erster Instanz wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: Nach der Regel des §. 865 a. b. G. B. war das von A mit dem Curanden geschlossene Geschäft ungiltig. Die Regel des §. 865 erleidet eine einzige Ausnahme in dem Falle des §. 866, welcher Paragraph eine doppelte Voraussetzung hat und als Ausnahme streng auszulegen ist. Der §. 866 fordert vor Allem ein listiges Vorgeben des Curanden, daß er fähig sei, Verträge zu schließen. Darunter kann aber das bloße Verschweigen der Curatelverhängung nicht verstanden werden, wenn die öffentliche Kundmachung der verhängten Curatel überhaupt von Bedeutung und der dem Curanden von dem Gesetze gewährte Schutz wirksam sein soll. A hat aber auch nicht die zweite Voraussetzung des §. 866 nachgewiesen, nämlich, daß er über die persönlichen Verhältnisse des B nicht leicht Erkundigung einziehen konnte. Er hatte hiezu genug Zeit und Gelegenheit, da er nach seiner eigenen Anführung mit B durch 6 Monate in Geschäftsverbindung stand und während dieser Zeit mehrere Geschäfte zur vollen Zufriedenheit mit ihm abwickelte. Abgesehen von dem Gesagten, muß die Klage wegen der beklagterseits eingewendeten Triennalverjährung nach §. 1489 a. b. G. B. abgewiesen werden, weil sich dieselbe als eine Entschädigungsklage darstellt und A selbst zugibt, im Juli 1865, also vor mehr als drei Jahren vor der Klage, die Curatelverhängung erfahren zu haben, mithin so lange schon wußte, daß seine Rechtsgeschäfte mit B ungiltig sind und daß er dadurch zu Schaden kommt. Die Verjährung ist dadurch, daß B in dem Strafprocesse seine Schuld als richtig anerkannte, im Sinne des §. 1497 a. b. G. B. nicht unterbrochen worden, weil die Anerkennung der Schuld von Seite des Curanden nicht rechtsverbindlich ist, daher nach keinerlei Richtung hin eine Rechtswirkung hat, und weil andererseits die Erledigung der strafgerichtlichen Untersuchung gegen B einer Klage des A im Sinne des §. 1497 nicht gleichgestellt werden kann, um so weniger, als A nicht einmal behauptet hat, daß die Untersuchung auf seine Veranlassung eingeleitet worden sei. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Der Beklagte hat eben dadurch, daß er — wie die Motive des strafgerichtlichen Urtheils sagen — dem Kläger und anderen Personen, mit denen er Geschäfte machte, die Verhängung der Curatel verschwieg, dieselben verleitet, sich mit ihm in Geschäftsverbindung einzulassen, und sein Curator, der ihn in dem Processe vertrat, vermochte keinen Umstand anzuführen, aus welchem der Kläger einen Zweifel an

deſſen Eigenberechtigung hätte ſchöpfen müſſen. Der Beklagte iſt daher nach §. 866 a. b. G. B. dem Kläger zum Erſatz des Betrages verpflichtet, den Letzterer zur Einlöſung der Wechſel ausgeben mußte, nachdem der Beklagte die Wechſel, um ſich darauf Geld zu verſchaffen, erhalten und in der That weiter begeben hat. Die Einwendung der Verjährung nach §. 1489 a. b. G. B. iſt nicht ſtatthaft, weil der Beklagte, laut der Motive des ſtrafgerichtlichen Urtheiles, in der Unterſuchung die Forderung des Klägers nicht beſtritten hat (§. 1497 a. b. G. B.) und von da — 1866 — bis zur Anſtellung der Klage drei Jahre nicht verfloſſen ſind.

Nr. 4467.

Rechtliche Wirkung der rechtskräftigen Vertheilung eines Meiſtgebots in Anſehung der auf dasſelbe gewieſenen Forderungen.

Entſch. v. 1. Februar 1872, Nr. 15336 (Beſt. des das Urth. des B. G. Aſch v. 26. Sept. 1871, Nr. 3465, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 14. Nov. 1871, Nr. 37613). G. Z. 1872, Nr. 45.

Auf dem Hauſe X haftete grundbücherlich für B eine Darlehensforderung von 200 fl. rheiniſch in preußiſchen Silberthalerſtücken. Im Jahre 1868 wurde das Haus auf Einſchreiten des B executiv verkauft und auf das Meiſtgebot von 2220 fl. ö. W. das Capital des B in dem (aus der Reduction der rheiniſchen auf öſterr. Währung reſultirenden) Betrag von 175 fl. und ſeine Forderung an Zinſen bis zum Licitationstag und an intabulirten Gerichtskoſten zuſammen im Betrage von 20 fl. 35½ kr. angewieſen. Von dem Erſteher, welcher die in der Meiſtgebotsvertheilung darauf angewieſenen Forderungen verzinslich auf das Haus übernahm, kam dasſelbe durch Verkauf in die Hände eines Zweiten, welcher es im Jahre 1870 dem gegenwärtigen Beſitzer A verkaufte. Im März 1871 begehrte B mit dem Anbringen, daß er weder vom Erſteher noch von A die Zahlung erhalten habe, auf Grund der beim Hauſe intabulirten Meiſtgebotsvertheilung die executive Schätzung desſelben, welche bewilligt, ſodann auf ſein Begehren vom 28. April ſuspendirt und in Folge ſeines neuen am 4. Auguſt angebrachten Geſuches mit Beſcheid vom 8. Auguſt reaſſumirt wurde. Nun trat A gegen B klagend auf, indem er, geſtützt auf die nach ſeiner Anführung am 28. April 1871 ſtattgefundene vollſtändige Befriedigung des Beklagten um das Erkenntniß bat, daß das Executionsrecht desſelben erloſchen und insbeſondere der Schätzungsreaſſumirungsbeſcheid vom 8. Auguſt 1871 rechtsunwirkſam ſei. Aus den Behelfen des Klägers und dem Zugeſtändniſſe des Beklagten ergibt ſich, daß am 28. April 1871 deſſen Forderung an Capital, an

(seit 26. October 1869 ausständigen) Zinsen und an Kosten 194 fl. ö. W. ausmachte und daß dieser Betrag ihm vom Kläger an jenem Tage in österreichischen Banknoten zum Nennwerthe behändigt wurde. Der Beklagte wendete mit Berufung auf den intabulirten Schuldschein ein, daß ihm die Zahlung in Silber gebühre, folglich mit der Ausfolgung der besagten 194 fl. in Papier nicht vollständig geleistet worden sei. Darauf replicirte der Kläger, daß mit der Kaufschillingsvertheilung eine Novation des früheren Verhältnisses eingetreten sei, daß demnach für die Zahlung der angewiesenen Posten nur die Vertheilung und nicht der alte Tabularstand ihm als Richtschnur dienen könne, und daß, wenn der Beklagte durch die Vertheilung wie immer beschädigt wurde, ihm der Recurs dagegen offen stand, welchen er aber nicht ergriffen habe. — Die erste Instanz erkannte gegen das Klagebegehren und bemerkte in den Gründen, daß die Forderung des B auf dem Hause als ein Capital von 200 fl. rheinisch in Silber haftete und in diesem Betrag von dem Meistgebot laut der Vertheilung desselben gedeckt war; daß mithin der Ersteher, der nach §. 328 a. G. O. die auf dem Gute haftenden Schulden, soweit das Meistgebot reicht, übernehmen muß, schon vermöge des Gesetzes verpflichtet war, das Capital des B zur Zahlung in Silberthalern zu übernehmen; daß die Nichtanfechtung der Vertheilung von Seite des B gleichgiltig ist, weil dem Gläubiger der Recurs gegen die Vertheilung nur dann zusteht, wenn er in Betreff der Liquidität seiner Forderung oder der Rangordnung derselben sich gefährdet sieht, keiner dieser Fälle aber hier eingetreten ist, da die Richtigkeit der Forderung des B anerkannt und die ihr zukommende Priorität berücksichtigt wurde; daß endlich durch die Vertheilung auch nicht eine Novation im Sinne des §. 1376 a. b. G. B. herbeigeführt wurde, weil eine Veränderung im Rechtsgrund oder im Hauptgegenstande der Forderung durch eine Meistgebotsvertheilung, die lediglich die Liquidirung der Forderung und deren Rangirung im Auge hat, nicht bewirkt werden kann. — Das O. L. G. hat aus folgenden Gründen dem Klagebegehren stattgegeben: In Folge der Meistgebotsvertheilung ist zwischen dem Ersteher und dem Gläubiger durch Vermittlung des Gerichtes ein neues Rechtsverhältniß entstanden und eine Novation im Sinne der §§. 1376 und 1377 a. b. G. B. eingetreten, indem der Hauptgegenstand der Forderung, nämlich die Forderung in ausländischer Silbermünze, also einer Waare, mit einer Forderung in österr. Währung, sonach Banknoten, verwechselt worden ist; und vermöge dieser Novation hat die vorige Verbindlichkeit aufgehört und zugleich die neue angefangen. Nach §. 1378 a. b. G. B. ist aber auch für die frühere Forderung von 200 fl. rheinisch das Pfandrecht erloschen und erstreckt sich dasselbe — wie dies auch durch die intabulirte Einantwortung des Hauses an den Ersteher nachgewiesen wird — nur mehr auf die reluirte neue Forderung von 175 fl. ö. W. Diese Forderung ist aber durch die Zah-

lung der 194 fl. am 28. April 1871 getilgt worden und dadurch das vom Beklagten im März 1871 erwirkte Executionsrecht erloschen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. In den Motiven wird die Rechtskraft der von B unangefochten gelassenen Meistgebotsvertheilung als entscheidend gegen seine Mehransprüche hervorgehoben und über die von ihm im Jahre 1871 geführte Realexecution (deren Aufhebung der Kläger eben intendirt) gesagt, daß die nach dem executiven Verkauf des Pfandgutes wegen der nämlichen Forderung erneuerte Execution gegen das Gut unzulässig ist und es daher ganz gesetzwidrig war, dem B im Jahre 1871 die executive Schätzung des bereits verkauften Hauses X zu bewilligen, da er nach dem Verkaufe desselben kein anderes Recht hatte, als auf Befriedigung aus dem Meistgebote.

Nr. 4468.

Störung im Sachbesitze durch Aenderung in der Ausübung einer Servitut?

Entsch. v. 6. Februar 1872, Nr. 545 (Best. des das Decr. des B. G. Rohitsch v. 15. Oct. 1871, Nr. 2082, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 3. Nov. 1871, Nr. 14136). G. Z. 1872, Nr. 63.

Auf die Besitzstörungsklage des A gegen die Eheleute B und C erkannte die erste Instanz nach dem Klagebegehren, weil der Kläger in dem unbestrittenen factischen Besitze der betreffenden Grundparcellen und der dazu führenden beiden Brücken ist, die Beklagten und deren Besitzesvorfahren über diese Parcellen zu ihren eigenen Grundstücken wohl schon mit Wirthschaftsfuhren, nie aber mit Baumaterialien gefahren sind, mithin der Kläger durch das Fahren mit Wägen, die mit Baumaterial belastet waren, in dem bisherigen Besitze seiner Parcellen gestört worden ist. — Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, weil mit dem von dem Kläger A anerkannten Rechte der Dienstbarkeit des Fahrweges über seine Parcellen für die Geklagten B und C als Besitzer der anrainenden Wiese nach §. 492 a. b. G. B. das Recht, mit einem oder mehreren Zügen zu fahren, und zwar ohne Beschränkung in Betreff der Fracht, verbunden ist und in der geänderten Art der Belastung der Wägen keine Ausdehnung der den Geklagten eingeräumten Servitut liegt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

Nr. 4469.

Concurseröffnung wegen Verfolgung mit Executionen: Voraussetzungen der Erstreckung der Tagfahrt: Beweislast bezüglich des Erfolges älterer Executionen.

Entsch. v. 6. Februar 1872, Nr. 1202 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. St. Pölten v. 17. Nov. 1871, Nr. 2960 und des O. L. G. Wien v. 14. Dec. 1871, Nr. 24666). G. Z. 1872, Nr. 71.

Das Gesuch der Firma A um Eröffnung des Concurses über die Eheleute B und C war mit den Beweisen der von A wegen 2000 fl. erfolglos gegen B und C geführten Execution versehen und enthielt die Anführung, daß gegen die Schuldner auch bei einem anderen Gerichte — Handelsgericht in Wien — wegen Geldforderungen drei Executionen anhängig seien. Auf dieses Gesuch wurde nach §. 63 C. O. Tagfahrt angeordnet. Am Vorabende derselben bat B für sich um Erstreckung der Tagsatzung wegen Krankheit und bemerkte nach dem Datum und Unterschrift: „Ich bin auch Niemanden etwas schuldig als dem Kläger, aber auch sonst Niemanden." Bei der Tagsatzung widersetzte sich die Firma A der Erstreckung, welche vom B nicht genügend, von dessen Ehegattin gar nicht gerechtfertigt erscheine, führte an, daß es Sache des Gerichtes sei, die oberwähnten Executionsacten zu requiriren und bat um Concurseröffnung. — Das Gericht erster Instanz erließ den Bescheid: „Da hiergerichts gegen die Geklagten keine Execution anhängig und durch die Verhandlung nicht ausgewiesen wurde, daß dieselben anderwärts mit Executionen verfolgt werden; da das bloße Ausbleiben von der Tagsatzung noch keine Anerkennung der Behauptung der Firma, daß andere Executionen gegen die Geklagten beim H. G. in Wien anhängig sind, begründet, indem die Regeln der a. G. O. für das Verfahren im Concurse nicht maßgebend sind; da die Einleitung der gerichtlichen Erhebungen und Correspondenz darüber, ob ein Schuldner mit Executionen verfolgt werde, nicht in der Vorschrift des §. 63 C. O. gegründet ist und übrigens die anderweitigen Executionen nicht jetzt, sondern bereits im verflossenen Jahre 1870 geführt wurden; da endlich der Geklagte in seinem Erstreckungsgesuche ausdrücklich bemerkt, daß er nur Einen Gläubiger habe und das Gegentheil von den Gesuchstellern nicht erwiesen wurde, so kann auf Grund der §§. 63 und 66 C. O. dem Begehren der Firma A um Eröffnung des Concurses wider die Geklagten, obgleich sie zur Tagsatzung nicht erschienen sind, nicht stattgegeben werden." — Das O. L. G. bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid aus folgenden Gründen: Nach §§. 63 und 66 C. O., Absatz 1 kann der Fall der Concurseröffnung nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn gegen einen Schuldner von mehreren Gläubigern gleichzeitig Executionen geführt werden. Hier ist aber nur Ein persönlicher Gläubiger, nämlich die klagende Firma vorhanden, welche den Schuldner mit der Execution verfolgt, da die anderen Executionsführungen in eine frühere Zeit

fallen und der Erfolg derſelben dem Gerichte nicht bekannt gegeben wurde, letzteres aber im ſtreitigen Verfahren nicht berufen iſt, ſich im amtlichen Wege darüber Auskunft zu verſchaffen und die hiezu erforderlichen Acten von einem anderen Gerichte zu requiriren. Es konnte daher nach den eigenen Angaben der Klägerin und den von ihr beigebrachten Behelfen ungeachtet des Ausbleibens der Gegner von der Tagſatzung mit der Concurseröffnung nicht vorgegangen werden.

In Erwägung, daß die Geklagten zu der nach §. 63 C. O. angeordneten Tagfahrt nicht erſchienen ſind; daß das von B und nur wegen Verhinderung ſeiner Perſon am Erſcheinen zur Tagſatzung eingebrachte Erſtreckungsgeſuch jedenfalls für die Mitbelangte, welche für ihre Perſon eine Verhinderung des Erſcheinens nicht geltend machte, nicht wirkſam ſein, das Erſtreckungsbegehren aber auch hinſichtlich des B bei dem Mangel der Einwilligung der die Concurseröffnung verlangenden Gläubiger nach der ausdrücklichen Beſtimmung des §. 63 C. O. nicht als zuläſſig erkannt werden konnte; daß ſomit von Seite der Belangten dem ihnen in Gemäßheit des §. 63 C. O. ertheilten Auftrage, die Kläger hinſichtlich ihrer Forderung ſicherzuſtellen oder ein Verzeichniß ihres Vermögens und Schuldenſtandes vorzulegen und die Möglichkeit der Befriedigung ihrer Gläubiger darzuthun, in keiner Weiſe entſprochen worden iſt; daß die Klägerin ihr Forderungsrecht mit dem betreffenden Urtheile, ſowie die Rechtskraft dieſes Urtheils mittelſt vollen Glauben verdienenden Urkunden nachgewieſen hat und daß der in dem Concurseröffnungsgeſuche angeführte Umſtand, daß wider die Gegner auch von Seite des Gläubigers D peto. 150 fl., 150 fl., 150 fl. und 104 fl. bei dem H. G. in Wien im Jahre 1870 Execution erwirkt worden ſei, unwiderſprochen gelaſſen worden iſt; daß der Umſtand, daß die Executionsführung des D in eine frühere Zeit fiel und der Erfolg derſelben nicht bekannt iſt, der von A begehrten Concurseröffnung um ſo weniger entgegenſtehen konnte, als, wenn D befriedigt und deſſen Executionsrecht erloſchen war, das eben nur die Geklagten anzubringen und nachzuweiſen gehabt hätten, — hat der oberſte Gerichtshof die Eröffnung des Concurſes über das Vermögen der Geklagten bewilligt.

Nr. 4470.

Abgrenzung des ſtreitigen und nichtſtreitigen Verfahrens: Officiöſe Durchführung der wider einen Erben bewirkten Sequeſtration ſeines Erbtheiles gegenüber den Miterben?

Entſch. v. 6. Februar 1872, Nr. 1251 (Beſt. des das Decr. des L. G. Wien v. 17. Nov. 1871, Nr. 65262, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 3. Jänner 1872, Nr. 26289). G. Z. 1872, Nr. 37.

Nachdem gegen C auf Anſuchen ſeines Gläubigers mit der Beſchränkung des §. 822 die executive Sequeſtration der Miethzinſe von

dem erbsweise dem C angefallenen Theile eines Hauses bewilligt worden war, veranlaßte der bestellte Sequester A bei der Abhandlungsinstanz die Anordnung einer Tagsatzung unter Zuziehung der Erbsinteressenten behufs der Vereinbarung über die Behebung der auf das sequestrirte Haus fallenden Zinsen. Bei dieser Tagsatzung übernahm der als gemeinschaftlicher Administrator des Hauses bestellte Miterbe B die Verpflichtung, die auf den Antheil des C entfallende reine Zinsentangente dem Sequester halbjährig abzuführen und über die Administrationsauslagen gleichzeitig Rechnung zu legen, worauf dem Administrator B mit gerichtlichem Bescheide die Verpflichtung zur Zinsenabfuhr und Rechnungslegung auf Grund des zwischen den Interessenten getroffenen Uebereinkommens auferlegt wurde. Da der Administrator in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit säumig war, überreichte der Sequester auf Grund des Tagsatzungsprotokolles und des hierüber erflossenen Bescheides ein Executionsgesuch mit der Bitte, den Administrator unter Androhung einer Geldstrafe zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten. — Das Abhandlungsgericht willfahrte diesem Begehren, von der Erwägung ausgehend, daß es sich hier um eine dem B im officiösen Wege auferlegte Verpflichtung handle und in derlei Fällen nach §. 19 des Gesetzes vom 9. August 1854, Nr. 208, die Execution nach den Bestimmungen der a. G. O. platzgreife. — Das O. L. G. wies das Executionsbegehren ab, weil die im Tagsatzungsprotokolle abgegebene Erklärung der Interessenten nicht als ein executionsfähiger Vergleich im Sinne des Gesetzes (Hofdcr. vom 22. Juni 1805, J. G. S. Nr. 735) erscheint.

Vom obersten Gerichtshofe wurde die obergerichtliche Entscheidung bestätigt, weil, wenn auch der auf das Gesuch des Sequesters und die Zustimmungserklärung der Interessenten bei der Tagsatzung erflossene Bescheid v. 20. October 1870 in Rechtskraft erwuchs, weder jener Erklärung noch diesem Bescheide die Kraft eines executionsfähigen gerichtlichen Spruches beigelegt werden kann, indem Erklärung und Bescheid nicht auf eine Klage erfolgten, und weil es sich auch nicht um einen Gegenstand des Verfahrens außer Streitsachen, worauf §. 19 des Gesetzes v. 9. August 1854, Nr. 208, Anwendung findet, sondern um die Executionsführung eines Gläubigers durch Sequestration handelt.

Nr. 4471.

Zuständigkeit des Abhandlungsgerichtes für Klagen auf Rückzahlung eines vorausgezahlten Pachtzinses aus dem Nachlaß des Verpächters.

Entsch. v. 7. Februar 1872, Nr. 714 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Przemysl v. 16. August 1871, Nr. 8617 und des O. L. G. Lemberg v. 11. Oct. 1871, Nr. 26805). Jur. Bl. 1872, Nr. 18.

Der Bischof M hatte für die Zeit seines Lebens dem A ein Pfründengut verpachtet. Nach seinem Tode belangte A die Erbin des

M bei dem Gerichte der noch ſchwebenden Verlaſſenſchaftsabhandlung (§. 37 J. N.) auf die Zurückgabe der letzten Pachtzinsrate, die er dem Verſtorbenen vorausgezahlt hatte. Die Beklagte wendete dagegen die Unzuſtändigkeit des angerufenen Gerichtes ein mit Bezugnahme auf den §. 1 der kaiſerl. Verordn. v. 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, nach welchem alle Streitigkeiten aus Beſtandverträgen vor das B. G. gehören, in deſſen Bezirk die Beſtandſache gelegen iſt. — Beide Untergerichte haben die vorgebrachte Einwendung abgewieſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die untergerichtlichen Entſcheidungen mit der Begründung, daß die eingeklagte Forderung aus einem durch den Tod des M bereits aufgelöſten Pachtverhältniſſe abgeleitet wird.

Nr. 4472.

Cautio amplius non turbandi: Störung im Beſitze einer servitus itineris durch Injurien?

Entſch. v. 7. Februar 1872, Nr. 1116 (Beſt. des das Decr. des B. G. Eiſenbrod v. 10. Sept. 1871, Nr. 5251, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 30. Oct. 1871, Nr. 36071). G. Z. 1872, Nr. 62.

A hatte gegen die Eheleute B und C, welche ihn ſchon erfolglos mit der actio negatoria wegen eines Fußſteigrechtes belangt hatten, ein rechtskräftiges Beſitzſtörungsinterdict dahin erwirkt, daß die Eheleute B und C bei Strafe von 20 fl. den A in der Benützung des Fußweges nicht ſtören dürfen. A zeigte nun gerichtlich an, daß die Eheleute B und C ihm in der Ausübung ſeines Beſitzrechtes Hinderniſſe in den Weg legen; denn ſein Sohn ſei, als er auf dem bezeichneten Wege in die Schule ging, von B angeſchrieen, beſchimpft und bedroht worden und habe, dadurch abgeſchreckt, einen anderen Weg genommen, und als nun er, A, ſelbſt mit dem Sohne auf demſelben Fußwege zum Brunnen ging und als ſie zum Hauſe des B kamen, habe die C beide mit ſchmutzigem Waſſer begoſſen und die Zunge herausgeſtreckt. A bat wegen Beſitzſtörung die Strafe von 20 fl. für verfallen zu erklären. — Die erſte Inſtanz wies nach Vernehmen einiger Zeugen dieſes Begehren ab, weil in den erwähnten Vorgängen keine Beſitzſtörung liege. Auf den Recurs des A entſchied das Obergericht nach ſeinem Begehren, jedoch nur gegen die C.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den Reviſionsrecurs der C, welche die Abſicht, den Beſitz des A zu ſtören, leugnete und ausführte, daß durch Worte keine Beſitzſtörung begangen werden könne, und beſtätigte den obergerichtlichen Beſcheid, weil aus dem Benehmen der C ſehr deutlich hervorgehe, daß ſie die Bewohner des Nachbarhauſes in der Benützung des Weges von dieſem Hauſe bis zu dem Brunnen hindern oder ihnen dieſe Benützung wenigſtens verleiden oder erſchweren wollte.

Nr. 4473.

Nichteröffnung des Concurſes wegen Mangels eines Vermögens?

Entſch. v. 7. Februar 1872, Nr. 1120 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Budweis v. 17. Nov. 1871, Nr. 5191 und des O. L. G. Prag v. 12. Dec. 1871, Nr. 41481). Jur. Bl. 1872, Nr. 5.

Die Firma A hatte gegen ihren Schuldner B für ihre Forderung von 291 fl. die Mobilienexecution verſucht, bei welcher ſich zeigte, daß das Mobilarvermögen des B bei weitem nicht die Forderungen deckte, für die dasſelbe ſchon verpfändet war. In Folge deſſen begehrte die Firma gegen B die Eröffnung des Concurſes, und wurde die Tagfahrt nach §. 63 C. O. angeordnet, welche B unbeſucht ließ. — In Erwägung, daß laut des auf das executive Einſchreiten der Firma aufgenommenen Pfändungsprotokolles das „ſämmtliche" geringe Vermögen des B im Schätzungswerthe von 572 fl. bereits mit Pfandrechten belegt iſt und zur Befriedigung der Forderungen der Pfandgläubiger im Geſammtbetrage von 1794 fl. entfernt nicht ausreicht, daß mithin im Falle der Concurseröffnung wegen Mangels eines Vermögens die Koſten nicht gedeckt ſein würden, — haben beide Untergerichte das Geſuch der Firma A um die Concurseröffnung nach §. 66, Alinea 1 der C. O. abgewieſen.

Auf den Recurs der Firma, welche geltend machte, daß aus dem erwähnten Pfändungsprotokoll ſich nur die Unzulänglichkeit des in Execution gezogenen Vermögens zur Deckung der Gläubiger, nicht aber die Vermögensloſigkeit des Schuldners ergibt und erſt durch die in Folge der Concurseröffnung ſtattfindende Vermögensermittelung der Vermögensſtand des B klar würde, — hat der oberſte Gerichtshof bei dem Vorhandenſein der Erforderniſſe des §. 63 C. O. und in Erwägung, daß dermalen die Unzulänglichkeit des Vermögens des B zur Beſtreitung der Koſten der Concursverhandlung nicht feſtſteht und dasſelbe vielmehr erſt im Zuge der Concursverhandlung zu ermitteln ſein wird, mithin die untergerichtliche Anwendung des §. 66 C. O. nicht gerechtfertigt iſt, die Eröffnung des Concurſes angeordnet.

Nr. 4474.

Stellung der Rechtsmittelinſtanz zu Unklarheiten und muthmaßlichen Schreibfehlern im angefochtenen Urtheil.

Entſch. v. 7. Februar 1872, Nr. 1271 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 29. Nov. 1871, Nr. 13806). G. Z. 1872, Nr. 46. G. H. 1872, S. 150.

In dem Eheſcheidungsſtreite der A gegen B verordnete das Obergericht auf Appellation des Geklagten, „die erſte Inſtanz habe, falls bei

der Fassung ihres Urtheiles bezüglich der Form der anzutretenden Eide in den Ziffern I und II ein bloßer Schreibfehler unterlaufen wäre, mit Zuziehung beider Streittheile die Berichtigung vorzunehmen und die berichtigten Urtheile sodann den Parteien mit Freilassung eines neuerlichen Appellationszuges zuzustellen, hingegen, wenn kein Schreibfehler vorläge, die eigentliche Absicht in Betreff der Form der Eidesantretungen unter Wiedervorlage der Proceßacten mit Bericht aufzuklären".

Auf den Recurs des B hob der oberste Gerichtshof die Erledigung des O. L. G. auf und verordnete demselben die Entscheidung in merito. Gründe: Ist schon die höhere Instanz von amtswegen zur Berichtigung von Schreibfehlern in den untergerichtlichen Erkenntnissen berufen und bedarf es überhaupt nicht erst Erläuterungen des Untergerichtes darüber, ob eine irrige Bestimmung in Folge einer Rechtsansicht oder durch Verstoß in das Urtheil aufgenommen wurde, so kann sich der Richter zweiter Instanz um so weniger dann entschlagen, wenn — wie hier — das Urtheil erster Instanz gerade in jenem Punkt, in welchem das Versehen unterlief, appellirt wurde und die bezüglichen Aeußerungen der Parteien in den Appellationsschriften enthalten sind. Die angefochtene Erledigung des O. L. G. widerstreitet daher an und für sich, besonders aber in jenem Theile, womit gegen das berichtigte Erkenntniß ein neuer Appellationszug freigestellt wurde, den allgemeinen processualen Grundsätzen.

Nr. 4475.

Solidarische Haftung der Erben vor der Einantwortung: rechtliche Wirkung des einem der Miterben deferirten Eides.

Entsch. v. 8. Februar 1872, Nr. 10141 (Best. des das Urth. des B. G. Pettau v. 31. Dec. 1870, Nr. 11221, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 30. Mai 1871, Nr. 5567). G. Z. 1872, Nr. 55. G. H. 1872, S. 137.

Mit der Anführung, dem seither verstorbenen M die 5percentige steiermärkische Grundentlastungsobligation Nr. . . . per 1000 fl. als Darlehen gegeben zu haben, belangte A die minderjährigen von ihrem Vater vertretenen B und C als bedingt erklärte Erben der ihnen noch nicht eingeantworteten Verlassenschaft des M, und bat um den richterlichen Spruch: „B und C seien als Erben des M in solidum schuldig, anzuerkennen, daß die von A dem M als Darlehen gegebene (obenbezeichnete) Grundentlastungsobligation sammt Coupons seit 1. November 1865 nach dem Curs derselben zur Zeit der M'schen Verlassenschaftsabhandlung bei dessen Nachlaß liquid sei." — Da der gesetzliche Vertreter der Beklagten das Klagefactum ableugnete, so trug A den Letzteren darüber den rückschiebbaren Haupteid auf, welcher aber gesetzlich nur dem B deferirt werden konnte, weil C zur Zeit der behaupteten Hingabe des Darlehens noch unmündig war. — In erster

Instanz wurde das Klagebegehren ohne weiteres verworfen und die Nichtzulassung des dem eidfähigen B zugeschobenen Haupteides damit motivirt, daß vermöge der passiven Correalität beider Beklagten bis zur Einantwortung nach §. 550 a. b. G. B. die Sachfälligkeit im Sinne des §. 891 a. b. G. B. die Rechtsfolge hätte, daß nicht blos sein Erbschaftsantheil, sondern der ganze Nachlaß dem Kläger verpflichtet, das Schicksal der Erbsportion des minderjährigen C mitverflochten, durch den für den Kläger etwa günstigen Ausfall der Beweisführung auch über den Antheil des Theilnehmers C verfügt werden würde, was nach §. 828 a. b. G. B. ganz unstatthaft wäre. — Das O. L. G. hat auf den dem B deferirten Haupteid erkannt und je nach dem Erfolge der Beweisführung das Klagebegehren gegen beide Beklagte zugelassen, resp. abgewiesen. Der Vertreter der letzteren ergriff die Revisionsbeschwerde und machte geltend: die Rechtsfolgen der Beweisführung durch den Eid können nur den B treffen, d. h. von der eingeklagten Forderung soll nur die Hälfte als liquid erkannt werden. Da aber der Kläger nicht in dieser Weise das Begehren restringirt hat, so kann ihm auch nicht die Hälfte zugesprochen werden und es ist daher das vollständig abweisende Urtheil der ersten Instanz zu bestätigen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung mit folgender Bemerkung in den Motiven: „Die Beschwerde gegen die solidarischen Folgen der Sachfälligkeit ist nach §. 550 a. b. G. B. im vorliegenden Falle nicht statthaft, wenn es auch richtig ist, daß bei sonstigen Litisconsorten dem Einen der Eid zugeschoben werden kann, welcher dem Anderen nicht aufgetragen werden könnte, und daß der aus der Ablegung oder Verweigerung eines solchen Eides hervorgehende Beweis sohin nur gegen den Delaten seine Wirkung äußert."

Nr. 4476.

Sicherstellung des Vermiethers gegen benachtheiligende Handlungen des Miethers.

Entsch. v. 13. Februar 1872, Nr. 1243 (Best. des das Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 3. Jänner 1872, Nr. 52389, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Jänner 1872, Nr. 787). G. H. 1872, S. 172.

Eine Bank hatte in einem Hôtel zu Wien in der inneren Stadt mehrere Localitäten gemiethet, die sie zur öffentlichen Versteigerung von Gemälden benützte. Daraus entstand die Unzukömmlichkeit, daß in den Abendstunden — während der Auction — sich eine ziemliche Menge von Menschen, worunter auch bedenkliche Individuen, unmittelbar bei der Einfahrt in das Hôtel ansammelte, den Zugang und die Zufahrt, so wie die für die häusliche Sicherheit nöthige Ueberwachung erschwerte. Auf Grund dieser durch Zeugen bestätigten Umstände begehrte der

Eigenthümer des Hauſes die Unterſagung der Verſteigerungen unter Androhung angemeſſener Strafen, bis zur Entſcheidung über ſeine bereits angebrachte Klage auf Löſung des Miethcontractes. — Das Gericht erſter Inſtanz erließ das Verbot, jedoch bedingt, für den Fall, daß die Bank nicht durch den gerichtlichen Erlag von 1000 fl. dem Hôtelier für den Schaden cavirt, den er unmittelbar oder mittelbar durch Beſchädigung ſeiner Miethparteien, für die er aufkommen müßte, erleiden ſollte. — Das O. L. G. unterſagte der Bank unbedingt die Vornahme der Auctionen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Verordnung der zweiten Inſtanz in Erwägung, daß nach den Umſtänden des vorliegenden Falles mit der Leiſtung einer Caution für die Folgen der fortgeſetzten Vornahme der Verſteigerungen der von dem Hauseigenthümer dagegen erhobenen Beſchwerde keine Abhilfe gewährt würde, und der erſtgerichtliche Auftrag zur Sicherſtellung der Beſchaffenheit des Falles nicht angemeſſen iſt, indem die durch Zeugenausſagen hinlänglich feſtgeſtellten, übrigens auch ſchon aus den Umſtänden leicht erkennbaren Beläſtigungen und Störungen, welche die Abhaltung von Bilderauctionen in der dazu benützten Localität für die Miethparteien und insbeſondere für den Betrieb des Hôtels im Gefolge hat, Nachtheile herbeiführen, die kaum zum Zwecke künftiger Erſatzanſprüche in beſtimmten Ziffern zum Ausdruck gebracht werden könnten, ſomit der Erlag einer Cautionsſumme für den Vermiether, der nach dem §. 14 der kaiſerl. Verordnung vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, das Recht hat, ſich vor ihn benachtheiligenden Handlungen des Miethers nicht nur bei ſchon eingetretenem Schaden, ſondern auch bei der bloßen Möglichkeit einer Beſchädigung ſicher zu ſtellen, zu dem angeſtrebten Zwecke nicht genügt.

Nr. 4477.

Meiſtgebotsvertheilung: Rangordnung der Einkommen- und Erwerbſteuer, der Handelskammer- und der Flußconcurrenzbeiträge.

Entſch. v. 13. Februar 1872, Nr. 1332 (Beſt. des Decr. des B. G. Bruck a. d. Leitha v. 5. Oct. 1871, Nr. 2337, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Nov. 1871, Nr. 22954). Jur. Bl. 1872, Nr. 8.

Zur Vertheilung des Erlöſes aus dem Zwangsverkaufe der Mahlmühle des B wurde von dem Steueramte die nicht über drei Jahre ausſtehende Einkommen- und Erwerbſteuer nebſt den Handelskammer- und Flußconcurrenzbeiträgen als vor allen Pfandgläubigern zu zahlende Vorzugspoſt angemeldet.

In Erwägung, daß nach dem Hofdcr. v. 16. September 1825, J. G. S. Nr. 2132, dreijährigen Rückſtänden landesfürſtlicher Steuern

auch außer dem Concurſe an dem Gute, von welchem ſie zu entrichten waren, ein geſetzliches Pfandrecht zuſteht, mithin dieſe Steuern vor anderen Forderungen aus dem Erlöſe des Zwangsverkaufes der bezüglichen Realität zu befriedigen ſind; daß nach dem Hofdecr. vom 4. Jänner 1836, J. G. S. Nr. 113, Concurrenzbeiträge und Ausſtände ganz nach den für directe Steuern geltenden Vorſchriften eingebracht werden und bei der gerichtlichen Eintreibung die Vorrechte der letzteren genießen ſollen; daß nach der Anzeige des Steueramtes die Einkommen- und Erwerbeſteuer ſo wie Concurrenzbeiträge, deren Rückſtände im vorliegenden Falle angemeldet wurden, nur mit Rückſicht auf den Beſitz der Mühle des B, d. i. nur von dem Erträgniſſe derſelben bemeſſen worden ſind, — hat der oberſte Gerichtshof entſchieden, daß die von dem Steueramte angemeldeten Forderungen bei der Vertheilung des Verſteigerungserlöſes den Forderungen der Pfandgläubiger vorgehen.

Nr. 4478.

Ratihabition. — Beſtreitung der Echtheit einer bei der Recognoscirungstagfahrt als äußerlich unbedenklich anerkannten Urkunde.

Entſch. v. 14. Februar 1872, Nr. 8605 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des B. G. Beuſen v. 27. Dec. 1870, Nr. 4360 und des O. L. G. Prag vom 10. Nov. 1871, Nr. 40125). G. H. 1872, S. 153.

A belangte den B wegen Ungiltigkeit des Vergleiches von . . . ., worin dem B als Beſitzer der Wirthſchaft X von dem Fabriksleiter des A die Servitut des Fahrens über den von dem Kläger zwiſchen dem Keſſelhauſe ſeiner Fabrik und der Wirthſchaft des Beklagten herzuſtellenden Weg eingeräumt wurde, weil ſein Fabriksleiter zur Schließung des Vergleiches von ihm nicht ermächtigt worden ſei. Der Beklagte gab dies zu, deducirte aber aus einem von ihm vorgelegten Behelfe, nämlich aus dem vom Kläger unterſchriebenen Geſuche um eine Baubewilligung, worin derſelbe ſeine Bitte eben auf den erwähnten Vergleich ſtützte, die nachträgliche Zuſtimmung zu dem Vergleiche. Bei der Recognoscirung des Originals dieſes Behelfes erklärte der Vertreter des A dasſelbe für äußerlich unbedenklich, beſtritt aber im weiteren Verlaufe des Rechtsſtreites die Echtheit der darauf erſichtlichen Unterſchrift des A. — Beide Untergerichte hielten nach dem Hofdcr. vom 5. October 1792, J. G. S. Nr. 57, dieſen Echtheitswiderſpruch für unzuläſſig und wieſen den Kläger ab, da ſie in dem Inhalt des Baubewilligungsgeſuches die nachträgliche Zuſtimmung desſelben zu dem mit ſeiner Klage angefochtenen Vergleich zu finden glaubten.

Auch der oberſte Gerichtshof erkannte auf Abweiſung des Klägers. In den Motiven der oberſtgerichtlichen Entſcheidung wird aber

die untergerichtliche Auslegung des Hofdcr. v. 5. Oct. 1792, Nr. 57, als unrichtig bezeichnet, weil dieſe Novelle, indem ſie zur Erläuterung des §. 123 a. G. O., wornach Urkunden, deren Recognoscirung unterblieb, für unbedenklich zu halten ſind, ausſpricht, daß die unterlaſſene Einſicht nur die Einwendungen gegen die äußerlichen, in die Augen fallenden Gebrechen, nicht aber die Einwendungen gegen das Innerliche und den Context der Urkunde, alſo auch die Einwendung behebe, daß die ganze Urkunde ein Falſum ſei, die Unechtheit nicht zu jenen äußerlichen Gebrechen zählt, auf deren Conſtatirung allein es bei der Recognoscirung abgeſehen iſt, mithin der Widerſpruch gegen die Echtheit nicht ſchon dadurch ausgeſchloſſen wird, daß der Recognoscent die Urkunde für unbedenklich erklärt hat. Der oberſte Gerichtshof deducirte aber aus anderen Beweisſtücken des Beklagten die von dem Kläger nachträglich erklärte Zuſtimmung zu dem mit der Klage angefochtenen Vergleiche.

Nr. 4479.

Haftung des die Concurseröffnung erwirkenden Gläubigers für die Koſten derſelben?

Entſch. v. 14. Februar 1872, Nr. 1427 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Olmütz v. 5. Dec. 1871, Nr. 10003 und des O. L. G. Brünn v. 30. Dec. 1871, Nr. 16045). G. H. 1872, Nr. 207.

Nach Abhaltung der auf das Geſuch des Gläubigers A um Eröffnung des Concurſes über B gemäß §. 63 C. O. angeordneten Tagfahrt hatte das Gericht erſter Inſtanz dem A einen Vorſchuß zur Beſtreitung der Koſten der Concursverhandlung abgefordert. Auf den Recurs des A, der übrigens bei jener Tagfahrt ſelbſt zum Erlag eines ſolchen Vorſchuſſes ſich bereit erklärt hatte, trug das O. L. G. dem Gerichte erſter Inſtanz auf, über das Begehren um die Concurseröffnung mit Abſtandnahme von dem Koſtenvorſchuſſe, zu entſcheiden, ſprach aber zugleich aus, daß A jedenfalls die Koſten der Edictseinſchaltung gegen Regreß an den Gemeinſchuldner vorſchußweiſe zu berichtigen haben wird. In Folge deſſen ward der Concurs eröffnet, die Inventur des Concursvermögens angeordnet und nachdem kein executionsfähiges Vermögen ſich ergab, dem A von beiden Untergerichten die Zahlung der Inſertionskoſten (Landes- und Wiener Zeitung) per 19 fl. aufgetragen. — Das O. L. G. berief ſich hiebei auf ſeine frühere Verordnung, worin dem A bedeutet wurde, daß er — wenn auch die Concurseröffnung nicht von dem Erlage eines Koſtenvorſchuſſes abhängig gemacht werden könne — doch dieſe Inſertionskoſten vorzuſchießen haben werde, von welcher Verordnung nicht abgegegangen werden könne, da A ſie mittelſt Recurs nicht angefochten und

bei der oben erwähnten Tagfahrt selbst seine Bereitschaft zur Leistung eines Vorschusses erklärt habe.

Auf den Recurs des A gegen die zuletzt ergangenen gleichförmigen Erläße der Untergerichte, hat der oberste Gerichtshof mit Abänderung derselben dem Gericht erster Instanz aufgetragen, die Abschreibung der Insertionskosten zu bewirken, da durch kein Gesetz dem die Concurseröffnung begehrenden Gläubiger die Bestreitung der damit verbundenen Kosten aufgebürdet wird.

Nr. 4480.

Meistgebotsvertheilung: Rangordnung über drei Jahre ausständiger, aber unausgesetzt eingetriebener Steuern und Grundentlastungsschuldigkeiten.

Entsch. v. 14. Februar 1872, Nr. 1505 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Feldkirchen v. 18. August 1871, Nr. 4513 und des O. L. G. Graz v. 24. Nov. 1871, Nr. 13459). G. H. 1872, S. 229.

Nach der auf executives Einschreiten des A am 22. Juni 1871 vollzogenen zwangsweisen Veräußerung der Liegenschaft des B hat die Finanzbehörde zur Meistgebotsvertheilung Steuer- und Grundentlastungsrückstände aus den Jahren 1867 und 1868 als Vorzugsposten angemeldet. Trotz des Nachweises, daß für diese Rückstände im März 1869 von der Finanzbehörde das executive Pfandrecht an der Liegenschaft des B erwirkt und diese Execution gehörig fortgesetzt worden war, haben beide Untergerichte dieselben den Forderungen der Hypothekargläubiger in der Vertheilung nachgesetzt, weil das auf drei Jahre beschränkte Vorrecht (Hofdcr. vom 16. September 1825, Nr. 2132, und 14. Februar 1840, Nr. 409 J. G. S., und §. 31 E. O.) den angemeldeten älteren Ausständen nicht mehr zukomme, und die Minist.-Verordn. vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, wornach die Verjährung des auf drei Jahre beschränkten Vorrechtes von Vermögensübertragungsgebühren durch die Anwendung der gesetzlichen Mittel (Execution) zur Einbringung unterbrochen wird, auf andere Forderungen des Fiscus, wie Steuern und Grundentlastungsausstände nicht anwendbar sei.

Der oberste Gerichtshof sprach die Anwendbarkeit der Minist.-Verordn. v. 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, auch auf die Forderungen der letztgenannten Art aus und räumte den angemeldeten Posten der Finanzbehörde das durch die Unterbrechung der Verjährung bewahrte Vorrecht ein.

Nr. 4481.

Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung durch einen Nicht-Advocaten.

Entsch. v. 15. Februar 1872, Nr. 12910 (Best. des das Urth. des B. G. Enns v. 30. März 1871, Nr. 491, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 22. Juni 1871, Nr. 11050). G. H. 1872, S. 141.

Nachdem die A in dem unter Vertretung eines Notariatssubstituten C gegen B eingeleiteten und summarisch verhandelten Rechtsstreite peto. Exscindirung von Mobilien aus der bei ihrem Gatten vollzogenen Pfändung in erster Instanz sachfällig geworden war, trat sie gegen B mit der auf die mangelhafte Vertretung durch C gegründeten Restitutionsklage auf. — In erster Instanz wurde ihrem Begehren stattgegeben. — Das O. L. G. erkannte auf Abweisung der Klage aus folgenden Gründen: Nach dem Hofder. v. 6. Oct. 1785, J. G. S. Nr. 477, findet die Wiedereinsetzung wegen mangelhafter Vertretung nur dann statt, wenn die Verkürzung der Partei in ihrem Rechtsstreite aus dem Benehmen des von ihr gewählten Rechtsfreundes entstanden ist. Als „Rechtsfreund" im Sinne des Gesetzes ist nur ein zur Parteienvertretung befugter Advocat anzusehen. Von einem solchen Rechtsfreund wurde aber die A in dem Hauptprocesse nicht vertreten; C ist für sie in demselben nur als gewöhnlicher Privatbevollmächtigter eingeschritten. Es liegt also der gesetzliche Fall der Restitution wegen mangelhafter Vertretung nicht vor. Wenn die A sich dadurch für benachtheiligt hielt, daß in dem summarisch verhandelten Hauptprocesse die ihr Recht begründenden Thatsachen nicht vollkommen klar gestellt und bei der Geltendmachung ihrer Beweismittel etwas übersehen wurde, so hätte sie sich des Rechtsmittels der Appellation bedienen können. Statt dessen stellte sie das Begehren um Restitution, welches nach dem Gesagten ganz unzulässig ist und daher abgewiesen werden muß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung.

Nr. 4482.

Meistgebotsvertheilung: Vorrecht der Nothstands-Darlehensforderungen in Galizien.

Entsch. v. 20. Februar 1872, Nr. 1524 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Tarnopol v. 31. Juli 1871, Nr. 9176 und des O. L. G. Lemberg v. 19. Dec. 1871, Nr. 33565). G. H. 1872, S. 114.

Gegen die gleichförmigen Verordnungen der Untergerichte, wodurch bei der Vertheilung des Erlöses aus der executiven Versteigerung einer Liegenschaft die darauf intabulirte Nothstands-Darlehensforderung des galizischen Landesfonds per 320 fl. allen Hypothekargläubigern voran-

geſetzt wurde, weil nach dem Geſetze vom 6. Jänner 1866, L. G. Bl. für Galizien Nr. 1, dieſen Forderungen des Landesfondes dieſelbe Priorität wie den l. f. Steuern gebühre, ergriff einer der Tabulargläubiger den a. o. Recurs, in welchem er anführte, daß das citirte Geſetz (§. 7) nur beſtimme, daß die Nothſtands-Darlehensforderungen auf dieſelbe Art, wie die Steuerzuſchläge eingehoben werden ſollen, nicht aber, daß ſie dasſelbe Tabularvorrecht wie die Steuern genießen; daß aber auch nicht die Natur der Sache auf die Einräumung eines Vorzuges führe, da allerdings die Steuern, nicht aber Nothſtands-Darlehensforderungen auf dem Grunde haften, bei denen es ſich um ein einfaches Darlehen handelt, das unter der im §. 5 ibid. bezeichneten Vorſicht, nämlich unter der Haftung der Gemeinde des Bedürftigen oder gegen Bürgſchaft von zwei Perſonen ertheilt wurde.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: Die Geſetze vom 3. April 1869, R. G. Bl. Nr. 43 und v. 6. Jänner 1866, L. G. Bl. für Galizien Nr. 1, beſtimmen, daß die Einhebung der Nothſtands-Darlehensforderungen auf die gleiche Weiſe, wie jene der Steuerzuſchläge ſtattzufinden hat. Aus der hiemit ausgeſprochenen Gleichſtellung der einen und der anderen folgt unwiderlegbar, daß den Nothſtands-Darlehensforderungen dasſelbe Vorrecht, wie den l. f. Steuern zukommt. Dies iſt auch in der Natur der Sache gelegen, weil der Hingabe des Nothſtands-Darlehens nur die Feſtſtellung des Nothſtandes bei dem Grundbeſitzer zur Grundlage dient, ohne daß es hiebei auf die Wahrnehmung der Hypothekarſicherheit ankommt, und weil ohne einen ſolchen Vorgang der Landesfond nur Verluſten ausgeſetzt wäre, während auf der anderen Seite die Verſetzung des Grundbeſitzers in die Lage, den durch Ungunſt der Witterung beſchädigten Wirthſchaftsbetrieb in den gehörigen Gang zu bringen, auch ſeinen Pfandgläubigern zum Nutzen gereicht.

Nr. 4483.

Beſitzſtörung durch die vom Nachbar vorgenommene Abtragung eines in ſeinen Luftraum hineinragenden Stützbaumes?

Entſch. v. 20. Februar 1872, Nr. 1573 (Beſt. des das Decr. des B. G. Kufſtein v. 30. Oct. 1871, Nr. 4136, abänd. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 12. Dec. 1871, Nr. 4917). G. Z. 1872, Nr. 72.

A hatte am 10. October 1871 an ſeinem neugebauten Hauſe an der Seite des Nachbars B eine Baurüſtung aufgeſtellt, von welcher der Letztere am 14. October einen Haltbaum, der über die Gartenmauer des B in deſſen Luftraum hineinragte, abſchnitt. Deshalb belangte A den B in possessorio summariissimo. — Seine in erſter Inſtanz zugelaſſene Klage wurde in zweiter Inſtanz aus folgenden

Gründen abgewiesen: Der vorliegende (oben dargestellte) Thatbestand ist nicht geeignet, eine Besitzstörungsklage des A zu begründen, weil derselbe in den ruhigen Besitz des Rechtes, seine Stützbäume in den Luftraum des Beklagten hineinragen zu lassen, niemals gekommen ist, um so weniger, als der Beklagte sich der Ausübung des vom Kläger angemaßten Rechtes nicht gefügt hat, da er die Stücke des Rüstzeuges, welche am 10. October in seinen Luftraum vorgeschoben worden waren, am 14. October entfernt hat. Es kann also von einer Beeinträchtigung des klägerischen Besitzes im Sinne des §. 2 der Verordn. v. 27. Oct. 1849 nicht die Rede sein. Vielmehr befand sich der Beklagte im Besitze des Luftraumes über seinem Garten und über seiner Gartenmauer, welcher Besitz durch die Handlung des Klägers beeinträchtigt wurde. Glaubt aber der Letztere, daß ihm wegen der eigenmächtigen Selbsthilfe des Beklagten Entschädigungsansprüche zustehen, so hat er dieselben auf dem ordentlichen Rechtswege geltend zu machen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

Nr. 4484.

Wechselrechtliche Execution extra concursum auf eine in Oesterreich belegene Hypothek eines preußischen Cridars.

Entsch. v. 21. Februar 1872, Nr. 1183 (Best. des das Urth. des K. G. Jičin v. 11. Oct. 1871, Nr. 5183, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 12. Dec. 1872, Nr. 38459). G. Z. 1872, Nr. 189.

Nachdem von dem K. G. zu Landshut in Preuß.-Schlesien im Jahre 1867 über das Vermögen des dort etablirten Kaufmannes B der Concurs eröffnet worden war, erwirkte A für die ihm gegen B als Acceptanten zustehende Wechselforderung von 1256 Thlr. die Pränotation auf der durch grundbücherliches Pfandrecht an einem Hause zu Trautenau in Böhmen versicherten Forderung des Cridars von 3000 Thlr. Darauf liquidirte A seine Forderung bei dem Concursgerichte und nachdem ihm in der cridamäßigen Vertheilung $2^1/_2$ % davon ausgezahlt worden waren, belangte er den Cridar bei dem K. G. Jičin in Böhmen, als dem nach §. 56 der J. N. und Art. 23 und 81 der Wechselordnung extra concursum zuständigen Gerichte, auf Zahlung des Restes derselben (nach Abzug der $2^1/_2$ %) im Betrage von 1224 Thlr. und erwirkte dafür den Zahlungsbefehl, auf Grund dessen er sich den gleichen Betrag von der obenerwähnten Hypothekarforderung des Cridars von 3000 Thlr. einantworten ließ. Gegen diesen Zahlungsbefehl trat nun der Verwalter der Concursmasse des B auf und bestritt, angesichts des noch hängenden Concurses, das Recht des A, den Cridar vor einem anderen als dem Concursgerichte zu belangen. — Nach durchgeführter Verhandlung wurde von dem K. G. Jičin der Zah-

lungsbefehl aufgehoben und A mit seiner Klage ab- und an das zuständige Concursgericht gewiesen. Gründe: Nach dem vorliegenden Sachverhalte ist der Zahlungsbefehl von der Concursmasse des B mit Recht angefochten worden. Denn die Vorschrift des §. 6 der C. O. von 1781, wornach gegen den Cridar nur bei dem Concursgerichte giltig verfahren werden kann und alle anhängigen Streitsachen zu diesem Gerichte zu verweisen sind, findet auf den gegenwärtigen Fall volle Anwendung, wie dies aus dem §. 27 ibid. und aus dem mit Hofder. v. 14. März 1845, J. G. S. Nr. 883, kundgemachten österreichisch-preußischen Staatsvertrage, insbesondere aus dem zweiten Satze des §. 2 desselben hervorgeht, wornach in dem Falle eines in Preußen eröffneten Concurses nur jene Gläubiger des Cridars, die an seinem in Oesterreich befindlichen beweglichen Vermögen, wozu nach §. 5 ibid. auch die auf Grundstücken versicherten Forderungen gehören, vor Ausbruch des Concurses ein Pfand- oder Retentionsrecht erworben haben, nicht schuldig sind, sich in eine Concursverhandlung mit dem Concursgerichte einzulassen, in welcher Lage aber A rücksichtlich der Hypothekarforderung des B sich nicht befindet, da er die Vormerkung des Pfandrechtes auf derselben erst nach der Concurseröffnung erwirkt hat. Nach §. 1 des citirten Staatsvertrages ist ferners das in dem einen Staate befindliche bewegliche Vermögen des in dem anderen Staate in Concurs gerathenen Schuldners dem Concursgerichte auf dessen Requisition auszuantworten, den hier nicht eintretenden Fall ausgenommen, daß der Cridar in dem ersteren Staate mit Grundstücken ansässig wäre. Von der im §. 6 der C. O. aufgestellten Regel der ausschließlichen Competenz des Concursgerichtes statuirt zwar das Hofder. v. 12. Nov. 1787, J. G. S. Nr. 745, eine Ausnahme für den Fall, daß der Gläubiger sein Recht nicht an dem in den Concurs eingezogenen Vermögen des Schuldners, sondern an dessen Person oder anderweitigem Vermögen suchen will. Allein dieser Fall ist hier nicht vorhanden. Denn A hat sein Recht an der Hypothekarforderung des B gesucht, die nach den §§. 1—4 des cit. Hofder. v. 14. März 1845, Nr. 883, dem Concursgerichte auf dessen Requisition ausgeantwortet werden muß, daher, obgleich das Letztere die Ausantwortung noch nicht begehrt hat, als ein dem Concursverfahren unterliegender Bestandtheil des Vermögens des Cridars zu betrachten ist, weil das Concursgericht bis zur Beendigung des Concurses berechtigt ist, die Ausantwortung zu verlangen. — Das O. L. G. bestätigte den Zahlungsbefehl mit der nachstehenden Begründung: In Betreff der Verfolgung von Rechten gegen den Cridar bei einem andern, als dem Concursgerichte, während des Concurses, bestimmt das Hofder. vom 12. Nov. 1787, J. G. S. Nr. 745, daß, soweit der Gläubiger seine Rechte nicht an dem in den Concurs eingezogenen Vermögen, sondern an dem in einer anderen Provinz befindlichen Vermögen des Schuldners suchen will, diese Rechte während und nach Beendigung des Concurses offen sind. Diese Vor-

ſchrift findet hier volle Anwendung. Denn ſo wie der Gläubiger während des in Oeſterreich hängenden Concurſes auf das in einer anderen Provinz vorhandene Vermögen des Cridars greifen darf, kann er ſein Recht an dem in Oeſterreich befindlichen Vermögen ſeines in Preußen in Concurs gerathenen Schuldners ſuchen. Von dieſem Rechte hat nun A Gebrauch gemacht, indem er auf die Hypothekarforderung gegen den B darauf pränotiren ließ und ſodann bei dem nach §. 56 J. N. und Art. 23 und 81 W. O. extra concursum zuſtändigen öſterreichiſchen Gerichte einklagte, woran er auch durch die Beſtimmung des §. 1 des mit dem Hofdcr. v. 14. März 1845, Nr. 883, kundgemachten öſterreichiſch-preußiſchen Staatsvertrages nicht gehindert war, weil das in Oeſterreich befindliche bewegliche Vermögen des in Preußen in Concurs gerathenen Schuldners, ſo lang das Concursgericht deſſen Ausantwortung nicht begehrt, keinen Beſtandtheil des Concursvermögens bildet.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil des O. L. G. mit Bezugnahme auf die Gründe desſelben.

Nr. 4485.

Laesio ultra dimidium: Geltendmachung derſelben per modum exceptionis. — Verhältniß des Urtheils zum Klagebegehren. — Subſtantiirung der Klage auf Erfüllung eines entgeltlichen Veräußerungsvertrages.

Entſch. v. 22. Februar 1872, Nr. 12769 (Abänd. der Urth. des B. G. Hermagor v. 22. April 1871, Nr. 477 und des O. L. G. Graz v. 27. Juli 1871, Nr. 7283). G. Z. 1872, Nr. 50.

Durch den mit der Gemeinde A mündlich geſchloſſenen Vertrag veräußerte B an dieſelbe ein Grundſtück gegen eine im Vertrag auf 39 fl. veranſchlagte Dienſtleiſtung der Gemeinde — beſtehend in 22 Fuhren à 1 fl. 50 kr. und 12 Handſchichten à 50 kr. zu einer Baufuhrung des B — und wurde von der A, nachdem ſie einen Theil davon: 13 Fuhren und $1^1/_2$ Handſchichten geleiſtet hatte, auf die Erfüllung des Vertrages belangt, indem ſie mit der Erklärung, ihrerſeits zur Erfüllung desſelben bereit zu ſein, das Begehren ſtellte, daß B für ſchuldig erklärt werde, ihr das Grundſtück zu übergeben. Dagegen wurde vom Beklagten die Einwendung der laesio enormis vorgebracht und mittelſt des im Proceß aufgenommenen Sachbefundes bewieſen, daß das Grundſtück den gemeinen Werth von 119 fl. 50 kr. hat. — In erſter Inſtanz wurde dem Klagebegehren ſtattgegeben und die Abweiſung der erwähnten Einwendung des B damit motivirt, daß derſelbe, indem er die von der Klägerin bereits geleiſteten Fuhren und Handſchichten annahm, die Giltigkeit des Vertrages ſtillſchweigend

(§. 863 a. b. G. B.) selbst anerkannt, andererseits ihr nicht eine ihm unbekannte Sache, sondern sein eigenes Grundstück, dessen wahrer Werth ihm bekannt sein mußte, verkauft und dadurch nach §. 935 a. b. G. B. sich um das Rechtsmittel der Anfechtung gegen laesio enormis gebracht habe. — Das O. L. G. erkannte, daß das Klagebegehren nicht statthabe aus folgenden Gründen: Um die Uebergabe des Grundstückes fordern zu können, war die im Proceß abgegebene Erklärung der Klägerin, zur vollständigen Erfüllung ihrer Vertragspflicht bereit zu sein, nach den §§. 1062 und 1052 a. b. G. B. nicht genügend, da eine solche allgemeine Bereiterklärung in der Verhandlung keine Gewähr der wirklichen Erfüllung gibt, und es wäre Sache der Klägerin gewesen, den Richter durch ihre Klagebitte in die Lage zu bringen, die Zuerkennung des Streitgegenstandes von der Erfüllung der Gegenleistung abhängig zu machen und so den Beklagten mit seiner Gegenforderung sicherzustellen. Da nun aber ihr Begehren auf unbedingten Zuspruch des Streitobjectes gestellt ist, mithin die Zuerkennung desselben gegen Erfüllung der Gegenleistung über das Begehren hinausgehen würde, wozu der Richter nicht berechtigt ist, so mußte die Entscheidung dahin lauten, daß das Klagebegehren nicht statthabe. Auf die vorgebrachte Einwendung der laesio enormis, welche übrigens, da sie ein selbstständiges Begehren bedingt, in Form der Widerklage anzubringen gewesen wäre, kann deshalb keine Rücksicht genommen werden, weil in dieser Richtung in der Einrede ein bestimmtes Begehren nicht gestellt, sondern nur die Abweisung des Klagebegehrens verlangt worden ist, welcher Bitte durch die Form des obergerichtlichen Ausspruches Folge gegeben wurde.

Der oberste Gerichtshof erkannte: Der Beklagte sei nur gegen dem schuldig, der Klägerin das Grundstück zu übergeben, daß dieselbe den Kaufpreis von 39 fl. auf den gemeinen Werth des Grundstückes von 119 fl. 50 kr. ergänzt. Gründe: Nachdem der Beklagte zugegeben, daß Klägerin das für das Grundstück bedungene Aequivalent zum Theil geleistet habe und zur vollständigen Vertragserfüllung, nämlich zur Leistung der noch ausständigen Fuhren und Schichten bereit sei, so kommt es in Hinblick auf §. 1052 a. b. G. B. nur auf die Entscheidung der Frage an, welchen Einfluß die vom Beklagten vorgebrachte Einwendung der laesio enormis auf das Klagebegehren ausübe. Daß dieses Rechtsmittel in Form der Einwendung geltend gemacht werden kann, ist nicht zweifelhaft, weil Derjenige, welcher aus dem Grund der Verletzung über die Hälfte die Aufhebung des Vertrages begehren kann, wohl auch berechtigt sein muß, diesen Umstand dem auf Vertragserfüllung dringenden Contrahenten entgegenzusetzen. Der Geltendmachung des Rechtsmittels steht auch im vorliegenden Fall der §. 935 a. b. G. B. nicht entgegen, weil von der Klägerin keiner der in diesem Paragraphe bezeichneten Umstände angeführt wurde, übrigens eine ausdrückliche Verzichtleistung auf die fragliche Einwen-

dung nicht vorliegt, zur Annahme, daß die Paciscenten einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen gemischten Vertrag schließen wollten, in den in der Verhandlung erhobenen Verhältnissen kein Anlaß gegeben ist und auch nicht behauptet werden kann, daß der Eigenthümer einer Sache den wahren Werth derselben kennen müsse. Dem Gesagten zufolge kann dem Begehren der Klägerin auf unbedingte Erfüllung des Vertrages nicht stattgegeben werden. In der Erwägung aber, daß daß Klagebegehren unter der im §. 934 a. b. G. B. bezeichneten Bedingung der Ergänzung des Abganges an dem Kaufpreis bis zu dem — durch den Sachbefund festgestellten — gemeinen Werth der Sache immerhin zulässig ist; daß dem Klagebegehren, wenn es nicht in vollem Umfange für statthaft erkannt wird, in so weit und mit jener Beschränkung Folge zu geben ist, wie es sich nach Maßgabe der in der Verhandlung erbrachten Beweise und vorgebrachten Einwendungen als gesetzlich darstellt; daß demnach nicht gesagt werden kann, weder daß das gestellte Petit unstatthaft sei, noch daß es durch eine beschränkende und bedingte Zuerkennung des Geforderten überschritten werde, — hat der oberste Gerichtshof dem Klagebegehren unter der in seinem Urtheile ausgedrückten Bedingung des zweiten Satzes des §. 934 a. b. G. B. stattgegeben.

Nr. 4486.

Vermächtniß einer Geldsumme „bei Bedarf".

Entsch. v. 22. Februar 1872, Nr. 13738 (Best. des das Urth. des B. G. Brzeznitz v. 6. Juni 1871, Nr. 1638, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 28. August 1871, Nr. 26492). G. H. 1872, S. 121.

Der Vater und gesetzliche Vertreter der 14jährigen A, welcher die M 600 fl. mit dem Zusatze vermacht hatte, daß der Erbe B „bei Bedarf" ihr dieses Legat auszahlen soll, belangte den Letzteren auf die Zahlung mit der Anführung, daß die A das Legat für ihre Ernährung nöthig habe. B wendete ein, daß die M, indem sie die Bedingung „bei Bedarf" setzte, die Absicht hatte, dem Erben die Erfüllung der auferlegten Pflicht zu erleichtern, da sie sonst verordnet hätte, daß daß Legat auf bloßes Ansuchen zu zahlen sei; daß aber der klagende Vater der A einen Bedarf nicht nachweise. Dieser replicirte, daß er Vater von 6 Kindern, und daß es ihm schwer sei, allen die nöthige Kleidung zu schaffen. — In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen. — Das O. L. G. verurtheilte den B nach dem Klagebegehren und bemerkte in den Motiven, daß die Beurtheilung der Frage des eingetretenen Bedarfes dem Vater und gesetzlichen Vertreter der Legatarin anheim gestellt werden muß; daß, wenn derselbe behauptet, daß er der Legatssumme zur Ernährung seiner Tochter gegenwärtig

bedarf, und den zur Eintreibung und Quittirung des Legates gesetzlich vorgeschriebenen Consens des Curatelgerichtes erhalten hat, wodurch eben anerkannt ist, daß der Zeitpunkt des Bedarfes eingetreten sei, kein Anstand gegen die Zulassung des Klageanspruches obwaltet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Durch den von der M gemachten Beisatz wurde die Zahlung des Vermächtnisses nicht an eine Bedingung geknüpft, deren Eintritt von dem Honorirten durch einen strengen Beweis darzuthun ist. Der Schwerpunkt der Bestimmung der M fällt vielmehr ganz in den Vorbehalt der eigenen Beurtheilung der Legatarin, ob sie das Geld schon brauche oder nicht. Hat nun die Letztere, resp. der gesetzliche Vertreter der noch minderjährigen Legatarin, befunden, daß sie der vermachten Summe schon bedarf, so kann sein Recht, die Zahlung sofort zu fordern, keinem Zeifel unterliegen; hiefür spricht auch, mit Rücksicht auf den schon vor drei Jahren eingetretenen Tod der M, die Vorschrift des §. 685 a. b. G. B. Allein selbst wenn der „Bedarf" von der A bewiesen werden müßte, wäre das Klagebegehren vollkommen gegründet, weil dieser Bedarf in der That sattsam dargethan ist.

Nr. 4487.

Gerichtliche Pfändung eines Waarenlagers oder einzelner Bestandtheile desselben?

Entsch. v. 24. Februar 1872, Nr. 12497 (Best. des das Urth. des K. G. Bozen v. 24. März 1871, Nr. 787, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 1. August 1871, Nr. 1987). G. Z. 1872, Nr. 46.

Nachdem in der Streitsache des A gegen B peto. einer Handelsschuld von 712 fl. nach dem Hofder. vom 7. Mai 1839, Nr. 358, bei der Tagsatzung die Execution zur Sicherstellung mittelst Pfändung des Waarenlagers des Geklagten erwirkt und vom Amtsdiener vorgenommen, sodann das Streitverfahren geschlossen worden war, wurde noch vor Schöpfung des Urtheiles gegen B von dem Proceßgerichte der Concurs eröffnet. A meldete nach §. 7 der C. O. die Forderung nebst dem Pfandrechte gegen die Concursmasse rechtzeitig an; weil aber sowohl die Richtigkeit der Forderung, als das Pfandrecht vom Masseverwalter bestritten wurde, reassumirte er in Gemäßheit des §. 134 C. O. das geschlossene Proceßverfahren, modificirte das auf Zahlung gerichtete Begehren der Klage auf Liquiderkennung der Forderung und erweiterte es nach §. 130 C. O. auf Anerkennung des Pfandrechtes an dem Waarenlager. — Das Gericht erster Instanz erkannte: 1. Die Forderung pr. 712 fl. mit Zinsen werde als liquid zur Concursmasse des B zugelassen. 2. Derselben gebühre das prätorische Pfandrecht an den im Concursinventar unter der Rubrik „La-

denwaaren" von Nr. 1—269 beschriebenen Gegenständen und dieselbe sei aus dem Erlöse dieser Pfandgegenstände nach §. 38 C. O., der unbedeckte Rest aber aus der gemeinschaftlichen Concursmasse nach §. 45 C. O. in der 3. Classe zu befriedigen. Ueber das Pfandrecht sagen die Motive: Gegenstand der gerichtlichen Pfändung sei das ganze Waarenlager, nicht einzelne Waaren gewesen, das Waarenlager sei aber eine Gesammtsache, wobei das Pfandrecht sich auf das Ganze als solches bezieht und durch den Wechsel der einzelnen Bestandtheile nicht berührt wird, das Pfandrecht an einem Waarenlager ergreife daher alle zur Zeit der Realisirung des Pfandrechtes das Waarenlager des Schuldners bildenden Waaren, im gegebenen Falle die im Inventar unter der Rubrik „Ladenwaaren" von Nr. 1—269 beschriebenen Gegenstände. — Auf Appellation des Masseverwalters hat das O. L. G. im Punkte 2 auf Abweisung des Begehrens erkannt und zwar aus folgenden Gründen: Es handelt sich einzig um die Frage, ob mit dem gerichtlichen Pfändungsacte vom 5. Februar 1869 nur einzelne Waaren oder das Waarenlager selbst gepfändet wurden. Der Pfändungsbescheid sagt allerdings, daß die Pfändung und Schätzung des Waarenlagers, aller im Laden befindlichen Vorräthe, Waaren ꝛc. bewilligt werde, aber aus dem Pfändungsacte selbst geht klar hervor, daß nicht das gesammte Waarenlager gepfändet wurde, weil davon auch nicht mit einem Worte Erwähnung geschieht, weil eben so wenig die Vorschriften des §. 427 a. b. G. B. befolgt wurden, sondern weil wirklich nur bestimmte einzelne Gegenstände vom Amtsdiener beschrieben worden sind, denn es heißt dort: „In Folge dessen wurden heute nachstehende Gegenstände in pfandweise Beschreibung genommen". Aus diesen Gründen mußte das Pfandrecht an dem Waarenlager aberkannt werden. — Dagegen ergriff der Kläger A die Revisionsbeschwerde, worin er Folgendes geltend machte: Da für die Pfändung eines Waarenlagers keine besonderen Vorschriften bestehen, so mußte der Amtsdiener die allgemeinen Vorschriften der Mobilienpfändung in Anwendung bringen, d. i. das Waarenlager nach §. 455 westgal. G. O. genau beschreiben. Diese genaue Beschreibung des Waarenlagers als eines Inbegriffes von Sachen (§. 302 a. b. G. B.) ist aber nur dadurch möglich, daß der Amtsdiener die das Waarenlager bildenden Waaren nach Gattung, Menge, Maß und Gewicht beschreibt, z. B. so viele Centner Zucker, Kaffee, Oel, so viele Laib Käse u. s. f. Nach dem klaren Wortlaute des Pfändungsactes hat der Amtsdiener circa 9 Centner Zucker, 3 Centner Oel, 7 Eimer Essig u. s. f. in Pfandbeschreibung genommen, ein deutlicher Beweis, daß er nicht diese oder jene einzelne Waare, sondern die Waarengattungen oder Waarenpartien und mithin das Waarenlager selbst pfandweise beschreiben wollte und wirklich beschrieben hat. Zudem wird im Pfändungsprotokolle deutlich gesagt, daß dem Kläger die Pfändung des ganzen Waarenlagers des Geklagten bewilligt wurde; daß der Amtsdiener zur Vollziehung dieser

Pfändung beauftragt worden sei; und daß er in Folge dieses Auftrages nachstehende — das Waarenlager bildende — Gegenstände in pfandweise Beschreibung nahm. Die Hinweisung des O. L. G. auf die Vorschriften des §. 427 a. b. G. B. ist ganz unzutreffend, denn dieselben normiren die Pfändung durch symbolische Uebergabe, finden also auf die prätorische Pfändung ohne Uebergabe selbstverständlich keine Anwendung (§. 455 westgal. G. O.). Es steht sohin unbezweifelt fest, daß mittelst des Pfändungsactes nicht individuell bestimmte Waaren, sondern das Waarenlager selbst gerichtlich verpfändet wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil, in der Erwägung, daß die laut dem Pfändungsacte vorgenommene Pfändung nicht das gesammte damalige Waarenlager umfaßt hat, sondern daß nur die beiläufig angegebenen Quantitäten von Zucker, Oel, Käse, Mehl, Reis u. s. f. gepfändet worden sind; daß die so vielerlei verschiedenartigen Waarenvorräthe und Gegenstände (im Inventar Nr. 1—269 aufgeführt), welche zu keinem der im Pfändungsacte gepfändeten Lebensmittel oder Geschirre gehören, auch wenn sie schon zur Zeit der gerichtlichen Pfändung im Waarenlager vorhanden gewesen wären, doch nicht als von der Pfändung getroffen angesehen werden könnten; und daß auch hinsichtlich solcher Lebensmittel und Gegenstände, welche mit den in dem Pfändungsacte gepfändeten in der Gattung übereinstimmen, die vom Masseverwalter widersprochene Identität mit jenen, die am 5. Februar 1869 gepfändet wurden, nicht erwiesen worden ist.

Nr. 4488.

Zeitliche Collision der Gesetze. — Entgeltliche Ueberlassung des Rechtes zur Gewinnung von Steinen aus einem Grundstücke.

Entsch. v. 27. Februar 1872, Nr. 9821 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Krzeszowice v. 21. Mai 1870, Nr. 1740 und des O. L. G. Krakau v. 25. Jänner 1871, Nr. 10922). G. Z. 1872, Nr. 48.

Mittelst Notariatsurkunde vom 6. August 1855 haben 21 Grundbesitzer der Gemeinde X im Großherzogthume Krakau, darunter E, das ausschließliche Recht zum Brechen, Gewinnen und Wegführen von Steinen jeder Art gegen monatliche Entrichtung von 30 kr. C. M. per Wiener Kubikklafter, dem C auf immerwährende Zeiten verkauft. C hat das erworbene Recht mittelst Cessionsurkunde vom 30. März 1865 auf den A übertragen, welcher, befürchtend, daß D, Universalerbe des mittlerweile verstorbenen Grundbesitzers E, die Rechtswirksamkeit des Vertrages vom 6. August 1855 bestreiten könnte, am 5. Jänner 1870 mit demselben einen additionellen Vertrag abschloß, womit die Rechtsgiltigkeit und Rechtswirksamkeit des von C mit E am 6. August 1855

abgeſchloſſenen Vertrages beiderſeitig anerkannt wurde. Noch vor dieſem Vertrage hatte aber D — am 11. November 1867 — eines der nach E geerbten Grundſtücke: die Parcelle Nr. 41, dem B verkauft, der durch gerichtliche Entſcheidungen in possessorio summariissimo in dem ruhigen Beſitze des Rechtes zum Brechen, Gewinnen und Wegführen der Steine in der gekauften Parcelle geſchützt wurde. Darauf kam es zur Proceßführung im ordentlichen Rechtswege, indem A mittelſt Klage gegen B um das Erkenntniß bat, daß B ſchuldig ſei, ſein ausſchließliches Recht zum Brechen, Gewinnen und Wegführen von Steinen jeder Art bezüglich der Parcelle Nr. 41 anzuerkennen. — Das Gericht erſter Inſtanz hat das Klagebegehren abgewieſen, weil die von E ertheilte Berechtigung, ſei ſie auf eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Art erlangt worden, ſich als eine perſönliche Dienſtbarkeit der Fruchtnießung (§§. 473, 478 a. b. G. B.) darſtellt, daher nach §§. 485 und 507 a. b. G. B. ohne vorherige Zuſtimmung des Verpflichteten von C auf den A rechtsgiltig nicht übertragen werden konnte; weil außerdem C zur Anerkennung der Rechtswirkſamkeit des Vertrages vom 6. Auguſt 1855 bezüglich der Parcelle Nr. 41 am 5. Jänner 1870 nicht mehr berechtigt war, nachdem er am 11. November 1867 das unbeſchränkte Eigenthum dieſer Parcelle auf B zu dem ausdrücklich in dem Vertrage beſtimmten Zwecke der Gewinnung von Steinen übertragen hatte. — Das O. L. G. hat das erſtrichterliche Urtheil, jedoch aus anderen Gründen beſtätigt und zwar in Erwägung, daß der Vertrag vom 6. Auguſt 1855 eine Geſellſchaft zu einem gemeinſchaftlichen Erwerbe im Sinne des §. 1175 a. b. G. B. begründe und derlei Verträge gemäß §. 1206 a. b. G. B. auf die Erben eines Mitgliedes nicht übergehen; und daß der in dem Vertrage vom Jahre 1855 gebrauchte Ausdruck: „tritt ab auf immerwährende Zeiten" ſich lediglich auf die Perſon der Paciscenten beziehen könne, die additionelle Anerkennungserklärung aber v. 5. Jänner 1870 auch in dem Falle, wenn ſie vor dem Verkaufe der Parcelle Nr. 41 ſtattgefunden hätte, ohne Rechtswirkung ſei, weil ſie grundbücherlich nicht ausgezeichnet wurde.

Von dem oberſten Gerichtshofe wurde dem Klagebegehren aus folgenden Gründen ſtattgegeben: Nachdem das öſterr. allgem. bürgerl. Geſetzbuch in dem Großherzogthume Krakau erſt mit dem 29. September 1855 in Wirkſamkeit getreten iſt (kaiſerl. Patent v. 23. März 1852, R. G. Bl. Nr. 77 und Miniſt.-Verordn. v. 29. Juni 1855, R. G. Bl. Nr. 117) und auf vorhergegangene Handlungen und früher erworbene Rechte keinen Einfluß hat (Abſ. V des Kundm. Pat. zum a. b. G. B. und §. 5 a. b. G. B.), ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß das in dem Notariatsacte vom 6. Auguſt 1855 enthaltene Rechtsgeſchäft nicht nach dieſem Geſetze, auf welches die beiden Untergerichte ſich geſtützt haben, ſondern nach dem in jenem Großherzogthume zur Zeit des Geſchäftsabſchluſſes noch in Wirkſamkeit geſtandenen fran-

zösischen bürgerl. Gesetzbuche zu beurtheilen sei. Nach diesem Gesetze läßt sich aber das fragliche Rechtsgeschäft, welches, in so ferne es hier zu beurtheilen ist, darin besteht, daß 21 Insassen von X das ihnen kraft des Eigenthumsrechtes zustehende Recht (Art 552 franz. b. G. B.), die unter und auf der Oberfläche ihrer Gründe befindlichen Steine jeder Art aufzusuchen, zu gewinnen und zum eigenen Vortheile zu verwenden, dem C für ewige Zeiten und ohne Beschränkung in dessen ausschließliches Eigenthum abgetreten haben, und der Letztere sich dagegen verpflichtet hat, jedem von ihnen für die gewonnenen Steine monatlich nach deren Wegführung vom Grunde ein Entgelt von 30 kr. C. M. per Wiener Kubikklafter zu leisten, weder als eine persönliche Servitut des Gebrauches, wie dies von dem Gerichte erster Instanz angenommen wurde, noch als ein Gesellschaftsvertrag, welchen das O. L. G. darin zu erblicken glaubte, auffassen; denn dem franz. bürgerl. Gesetzbuche sind persönliche Servituten ganz fremd (Art. 637 u. f. f.), ja in demselben ist die Bestellung persönlicher Dienstbarkeiten sogar ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 686). Zwar sind in demselben diejenigen Rechte, welche in dem österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuche als persönliche Servituten speciell bezeichnet sind, nämlich der nöthige Gebrauch einer Sache, die Fruchtnießung und Wohnung (§. 478 a. b. G. B.) abgesondert normirt; allein die Bestimmungen hinsichtlich des Gebrauches einer Sache (Art. 625 u. f. f.), welche in dem vorliegenden Falle allein zur Sprache kommen könnten, lassen sich auf das obige Recht des C nicht anwenden, weil das Recht des Gebrauches im gesetzlichen Sinne sich dadurch charakterisirt, daß es sich hiebei zunächst nur um den eigenen Bedarf des Berechtigten und dessen Familie handelt (Art. 630), während das dem C eingeräumte Recht in keiner Beziehung beschränkt und hiebei offenbar nur auf die Erzielung eines Gewinnes durch den Absatz der Steine abgesehen ist. Der Vertrag vom 6. August 1855 ist auch kein Gesellschaftsvertrag (Art. 1832), weil hierin von einem Gesellschaftsverhältnisse und von einer Theilung des erzielten Gewinnes keine Erwähnung vorkommt, C vielmehr mit den gewonnenen Steinen ganz nach Belieben nur zu seinem eigenen Vortheile verfügen kann, und den bezüglichen Grundbesitzern ein bestimmtes Entgelt ohne Rücksicht auf den Gewinn, welchen er selbst erzielen wird, zu entrichten hat. Das fragliche Geschäft stellt sich vielmehr als ein Kauf und Verkauf dar, da es in der Ueberlassung einer Sache gegen einen bestimmten Preis besteht (Art. 1582). Der Verkauf ist zwischen den Paciscenten schon durch die Vereinbarung über die Sache und den Preis vollständig zu Stande gekommen (Art. 1583) und die Uebergabe des verkauften Gegenstandes schon durch die Uebergabe der Urkunde, verbunden mit der darin überdies ausdrücklich erklärten Einwilligung, daß C sich gleich vom Tage des Vertragsabschlusses an seines Rechtes bedienen könne, erfolgt (Art. 1607). Ist nun, wie dies vom Belangten namentlich in

der Duplik ausdrücklich zugestanden wurde, auch E Eigenthümer der Grundwirthschaft Nr. 41 in X, einer der gedachten Insassen gewesen, welche mit dem C den Vertrag vom 6. August 1855 abgeschlossen haben, so bezieht sich das Obenangeführte auch auf ihn. Hieraus folgt, daß als später mittelst des, bereits unter der Wirksamkeit des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches geschlossenen notariellen Vertrages vom 11. November 1869 dem Belangten das in der Klage bezeichnete, zu der obigen Grundwirthschaft gehörige Grundstück verkauft wurde, durch diesen Vertrag dem E, beziehungsweise D, welcher als dessen Erbe Dritten gegenüber für eine Person mit ihm zu halten ist (§. 547 a. b. G. B.) dem Belangten nicht mehr Recht abgetreten werden konnte, als er selbst hatte (§. 442 a. b. G. B.), daß daher durch diesen Vertrag das bereits dem C eingeräumte Recht nicht berührt wurde, zumal B, wie er in der Revisionseinrede ausdrücklich eingestanden, von diesem Rechte und der Ausübung desselben durch den Kläger A als Successor des C auf Grundstücken, welche zu der obigen Grundwirthschaft gehören, vor der Erwerbung des in der Klage bezeichneten Grundstückes recht gut gewußt hat, daher zu seinen Gunsten der von dem O. L. G. angenommene gute Glaube sich gar nicht anführen läßt. Nachdem C durch Kauf das Eigenthum erworben hat, daher mit dem gekauften Objecte nach Belieben verfügen konnte (Art. 711 u. 544 franz. b. G. B.), so ist die Einwendung des Belangten, daß das durch den Notariatsact v. 6. August 1855 erworbene Recht desselben auf eine andere Person nicht habe übertragen werden können, ohne jede Bedeutung. Aus dem Angeführten ergibt sich also, daß B sich die Ausübung des klägerischen Rechtes gefallen lassen müsse, und sohin den von seiner Seite beeinträchtigten Besitz des A wieder herzustellen habe.

Nr. 4489.

Miethvertrag: Beweislast hinsichtlich der Verabredung einer Abweichung von der normalen Miethdauer. — Qualificirtes Geständniß.

Entsch. v. 27. Februar 1872, Nr. 14888 (Best. des das Urth. des B. G. Laibach v. 27. April 1871, Nr. 7288, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 11. Oct. 1871, Nr. 7971). G. Z. 1872, Nr. 55.

Die Klage des Vermiethers A gegen B peto. Zahlung des vierteljährigen, auf die Zeit vom 29. Juni bis 29. September 1870 fallenden Zinses für die Miethe einer aus mehreren Gelassen bestehenden Wohnung im Hause des Klägers zu Laibach war darauf gegründet, daß der Beklagte unterlassen hat, die mit vierteljähriger Aufkündigung und mit der Stipulation der vierteljährigen Vorauszahlung des bedungenen Zinses ihm vermiethete Wohnung am Petri-

termin (29. Juni) 1870 zu kündigen und dadurch, in Folge der ſtillſchweigenden Erneuerung der Miethe, verpflichtet wurde, dem A das eingeklagte Quartal zu zahlen. B führte dagegen an, daß er die Wohnung nur monatsweiſe und nur gegen Zahlung einer Monatsmiethe in Beſtand genommen habe und erklärte, dem A blos den Monatszins pro Juli 1870 mit 13 fl. ſchuldig zu ſein. Beide Parteien trugen für ihre Behauptung einander den Haupteid auf. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf den vom Kläger deferirten Eid, weil der Klagegrund, nämlich die Miethe mit vierteljähriger Kündigung und der Stipulation der vierteljährigen anticipativen Zinszahlung von dem Beklagten mit ſeiner Anführung, nur eine Monatsmiethe geſchloſſen zu haben, abgeleugnet wurde, mithin vom Kläger zu beweiſen iſt. — Das O. L. G. verurtheilte den B, mit Rückſichtnahme auf ſeine Erklärung, dem A (nur) 13 fl. ſchuldig zu ſein, unbedingt zur Zahlung dieſes Betrages und erkannte in Betreff des Reſtes der Klageſumme auf den von B deferirten Eid in der Erwägung, daß er nicht ein einzelnes Zimmer, ſondern eine aus mehreren Localitäten beſtehende Wohnung in Miethe hatte; daß eine ſolche Wohnung nach der für Laibach geltenden Miethordnung vierteljährig aufzukünden war; daß er ſelbſt zugibt, dieſe Aufkündigung unterlaſſen zu haben, und daß ſeine Behauptung, die Wohnung nur monatsweiſe gemiethet zu haben, von A widerſprochen wurde, mithin dem B oblag, die von ihm angeführte ausnahmsweiſe Beſtimmung bei der Verabredung des Miethvertrages zu beweiſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil des O. L. G. aus deſſen Gründen.

Nr. 4490.

Verbot: Beſcheinigung der Gefahr.

Entſch. v. 27. Februar 1872, Nr. 1865 (Beſt. des das Decr. des B. G. Comen v. 6. Juni 1871, Nr. 1380, abänd. Decr. des O. L. G. Trieſt vom 20. Oct. 1871, Nr. 5397). G. H. 1872, S. 296.

In Uebereinſtimmung mit dem O. L. G. hat der oberſte Gerichtshof das in erſter Inſtanz bewilligte Verbotsgeſuch des A gegen B, welches mit einer vollen Glaubens würdigen Urkunde für die ſicherzuſtellende Forderung des A inſtruirt war, abgewieſen, weil A den Umſtand, daß er mit ſeiner Forderung wegen Mangels anderer hinlänglicher Zahlungsmittel des Schuldners der Gefahr des Verluſtes ausgeſetzt ſei, nicht beſcheinigt hat und dieſes im §. 283 a. G. O. vorgeſchriebene Requiſit der Verbotsbewilligung durch die Vorlage der ſeine Forderung beweiſenden Urkunde (§. 284 ibid.) nicht erſetzt wird.

Nr. 4491.

Begehren einer Ueberlegungsfrist bei der Eidestagfahrt.

Entsch. v. 27. Februar 1872, Nr. 2063 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 17. Jänner 1872, Nr. 52260, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 31. Jänner 1872, Nr. 1919). Jur. Bl. 1872, Nr. 34.

Bei der Tagfahrt, die zur Ablegung des von dem Kläger A angetretenen Haupteides anberaumt worden war, wurden ihm von dem Vertreter des Beklagten Behelfe vorgelegt, die in dem Processe selbst nicht producirt worden waren und die Ueberzeugung des A von der Richtigkeit der seinerseits zu beschwörenden Thatsachen so sehr erschütterten, daß er sich genöthigt sah, die Erstreckung der Tagfahrt zu verlangen, um sich die Sache reiflich zu überlegen und in das Reine zu kommen, ob er den Eid nach seinem Gewissen leisten könne. Der Vertreter des Beklagten protestirte gegen die Erstreckung des Termines und begehrte von dem Gerichte die Entscheidung, daß der von A zu schwörende Haupteid für nicht abgelegt zu halten sei. — Das O. L. G. verweigerte die in erster Instanz bewilligte Ueberlegung der Tagfahrt und erklärte den Eid für nicht abgelegt, weil A nach §. 210 a. G. O. nach dem Urtheile den von ihm angetretenen Eid bei der zur Abnahme desselben angeordneten Tagfahrt so gewiß abzulegen hatte, als im Widrigen er dazu nicht mehr zuzulassen und das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten wäre.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Würdigung der von A für das Erstreckungsgesuch vorgebrachten Gründe.

Nr. 4492.

Anfechtung einer Schenkung in fraudem creditorum: Beweislast bezüglich der Schenkung.

Entsch. v. 28. Februar 1872, Nr. 12786 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 21. Februar 1871, Nr. 2542 und des O. L. G. Wien vom 2. August 1871, Nr. 12213). G. Z. 1872, Nr. 40.

Nach den Behauptungen der Klage gab der Kläger A dem C gegen dessen Accept ein Darlehen von 8000 fl., welches dieser umsonst für D zu negociren versucht hatte, da A, der den D nicht kannte, das Geld für den Letzteren zu geben sich nicht bereit fand. C gab das auf seinen eigenen Namen erhaltene Geld dem D als Darlehen. Zur Verfallszeit des Wechsels war D verschwunden und C suchte den Kläger durch verschiedene Ausflüchte so lange hintanzuhalten, bis es ihm gelungen war, durch Umschreibung seines Vermögens an seine Gattin B dem Gläubiger die Mittel zu seiner Befriedigung zu entziehen und sohin den Concurs anzumelden. Auch eine Hypothekarforderung per

10.000 fl., deren Beſtand den Kläger zum Darlehen hauptſächlich bewogen hatte, war bereits, ohne daß dafür eine Valuta gegeben worden wäre, der B cedirt und grundbücherlich zugeſchrieben, während die Concursmaſſe des C als Activvermögen nur uneinbringliche Forderungen aufwies. A ſtellte daher in der gegen die B gerichteten Klage das Begehren, die fragliche Ceſſion an die B ſei als Schenkung bis zum Betrage der klägeriſchen Forderung nach §. 953 a. b. G. B. für widerrufen zu erklären und bis zum Belaufe der klägeriſchen Forderung an C zu dem Ende zurückzuübertragen, daß der Kläger ſeine Forderung hierauf pfandrechtlich ſicherſtellen laſſen und den zurückübertragenen Satzantheil ſich executiv einantworten laſſen könne. In der Einrede wurde widerſprochen, daß C mit der Ceſſion der 10.000 fl. der B eine Schenkung gemacht hätte, und behauptet, daß er als Verwalter des Vermögens ſeiner Frau für ſie Geldgeſchäfte machte, ſo insbeſondere dem D 22.000 fl., von welcher Summe ſeiner geklagten Ehegattin die Hälfte gebührte, darlieh und nach deren Verluſt ſeiner Frau die 10.000 fl. zur theilweiſen Deckung derſelben cedirte. Die Replik erging ſich darüber, daß die Geklagte gar kein Vermögen hatte und daß die auf dem Hauſe des D verſicherte Forderung von 22.000 fl. nicht verloren wurde, weil ſie noch auf dieſer ſpäter in das Eigenthum der Geklagten übergegangenen Realität haftet und in deren Werthe ihre Bedeckung findet. — Das Gericht erſter Inſtanz wies das Klagebegehren ab aus folgenden Gründen: Dem Kläger oblag der doppelte Beweis, einerſeits, daß für die in der Urkunde als unentgeltliches Geſchäft bezeichnete Abtretung der Satzpoſt pr. 10.000 fl. in der That kein Entgelt gegeben wurde, daß alſo die Ceſſion dieſer Forderung an die B nach §. 916 a. b. G. B. als Schenkung zu betrachten ſei, andererſeits, daß Kläger durch dieſe Schenkung in ſeinen Rechten bei Einbringung der Forderung wider ſeinen Schuldner beeinträchtigt wurde. Wenn nun auch die Geklagte zugeſtand, die Ceſſionsvaluta nicht in Barem gegeben zu haben, und behauptete, daß die Valuta im Compenſationswege durch Forderungen vertreten worden ſei, welche ſie an ihren Gatten zu ſtellen hatte, ſo iſt die vom Kläger diesfalls gegebene Darſtellung des Sachverhaltes nicht geeignet, ihn von der Verpflichtung zum Beweiſe, daß die Valuta auch in anderer Weiſe als durch Barzahlung nicht geleiſtet wurde, zu befreien. Um die von der Geklagten zur Vorſicht angebotenen Beweiſe, daß die Ceſſionsvaluta in der Compenſation der fraglichen Erſatzforderungen beſtand, kann es ſich gar nicht handeln, da die Auflage dieſer Beweiſe eine geſetzlich unzuläſſige Verrückung der Beweislaſt wäre. Da nun Kläger keinen Beweis erbracht hat, daß die Abtretung der Satzpoſt pr. 10.000 fl. ohne Leiſtung eines Aequivalentes ſeitens der Geklagten erfolgt ſei und gemäß §. 938 a. b. G. B. eine Schenkung bilde, alſo die nothwendige Vorausſetzung für das Klagebegehren nach §. 953 a. b. G. B. mangelte, mußte dasſelbe abgewieſen werden. — Von

dem O. L. G. wurde dieſes Urtheil beſtätigt und in den Entſcheidungsgründen bemerkt, daß, wenn der Kläger zur Erbringung des Beweiſes der Unentgeltlichkeit der Ceſſion ſich auf die Anführung der Gegenpartei beruft, wonach die Cedirung zum theilweiſen Erſatze der Forderung der Geklagten pr. 11.000 fl. erfolgte, und wenn er weiter zu zeigen verſucht, daß der Geklagte rückſichtlich eben dieſer Forderung pr. 11.000 fl. bereits anderweitig gedeckt war, von ihm hiebei überſehen wird, daß Geklagte auch angab, ſie hätte noch andere Forderungen an ihren Gatten zu ſtellen gehabt; letztere zu erweiſen iſt jedoch die Geklagte nicht verpflichtet, es hat eben nur der Kläger den directen Beweis der wirklich erfolgten Schenkung zu erbringen; in dieſer Richtung können aber bloße Vermuthungen, wie ſie Kläger aus den Verhältniſſen der Perſonen ableiten zu können vermeint, nicht genügen.

In Erwägung, daß die Frage, ob die Geklagte außer der angegebenen Erſatzforderung pr. 11.000 fl. noch andere Forderungen an ihren Gatten zu ſtellen hatte, nicht von unbedingt entſcheidendem Einfluſſe im vorliegenden Rechtsſtreite iſt, und daß der Umſtand, daß die Poſt pr. 22.000 fl. auf dem D'ſchen Hauſe, welches in das Eigenthum der Geklagten überging, noch zu Gunſten dieſer neuen Eigenthümerin verſichert erſcheint, nicht mit ſich bringt, daß dieſe Poſt im Preiſe des Hauſes ihre volle Deckung finden müſſe, und daß die Geklagte nicht noch anderwärts Deckung zur Rettung ihres dem Ehegatten anvertrauten Vermögens ſich verſchaffen konnte; in Erwägung, daß in der Annahme, es ſeien überhaupt die klägeriſcherſeits dargeſtellten Umſtände nicht hinreichend, um in der Ceſſion des Satzcapitales von 10.000 fl. unzweifelhaft einen zur Verfügung des Gläubigers, reſp. Klägers, vorgenommenen Schenkungsact zu erkennen, eine actenwidrige Auffaſſung nicht gefunden werden kann, — hat der oberſte Gerichtshof die a. o. Reviſionsbeſchwerde desſelben zurückgewieſen.

Nr. 4493.

Vorausſetzungen des Anſpruches auf Entſchädigung im Falle des §. 1121 a. b. G. B.

Entſch. v. 28. Februar 1872, Nr. 14069 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des B. G. Salzburg v. 17. Juli 1871, Nr. 1701 und des O. L. G. Wien v. 11. Oct. 1871, Nr. 17738). G. Z. 1872, Nr. 42.

A belangte im Jahre 1871 die Concursmaſſe der B mit einer Entſchädigungsklage unter Anführung des nachſtehenden Sachverhaltes: Mit Vertrag vom 17. Mai 1864 hatte der Kläger von der B Verkaufs- und Geſchäftsräumlichkeiten, ſo wie eine Wohnung, zuſammen um 700 fl. auf 10 Jahre gemiethet. Nachdem ſein Beſtandrecht auf den der B gehörigen Häuſern Nr. 62 und 63 grundbücherlich einge-

tragen worden war, wurde, am 30. Jänner 1869, über das Vermögen der B der Concurs eröffnet und am 29. November 1869 die Versteigerung der Häuser Nr. 62 und 63 vollzogen, ohne daß dem Ersteher durch die Licitationsbedingnisse die Verbindlichkeit auferlegt worden wäre, die im Bestandvertrage gegründeten Verpflichtungen der B dem Kläger gegenüber zu übernehmen und den Bestandvertrag zuzuhalten. Nach §. 1121 a. b. G. B. ist der Miethvertrag erloschen, allein dem Kläger das Recht auf Entschädigung, Schadloshaltung für die vorzeitige Aufhebung des Miethvertrages vorbehalten. Da laut des Concursinventars die Benützung der von A gemietheten Geschäfts- und Wohnungsräumlichkeiten jährlich wenigstens 1600 fl. werth ist, der Kläger nach dem Bestandvertrage nur 700 fl. jährlich als Miethzins zu zahlen hat, so beträgt sein Schaden für die noch übrige Miethzeit 900 fl. pr. Jahr, resp. die Gesammtsumme von 4425 fl., deren Liquidhaltung er gegen die Concursmasse der B begehrt. — Von dem Concursmassevertreter wurde dagegen eingewendet, daß A selbst die Aufhebung des Bestandvertrages vom 17. Mai 1864 im Klagewege begehrte und durchsetzte; daß er mit dem Bestandvertrage nicht die Localitäten allein, sondern auch die B'sche Handlung mit dem Rechte der Führung der bestehenden Firma auf 10 Jahre in Bestand nahm und hiefür 900 fl. jährlich, sohin im Ganzen 1600 fl. zahlte, obwohl B die Benützung der Firma und Gerechtsame wiederholt als werthlos bezeichnete; daß A die Häuser Nr. 62 und 63 selbst erstanden hat, und ihm durch Einsichtnahme von den Feilbietungsbedingnissen bekannt werden mußte, daß seine Bestandrechte nicht berücksichtigt sind, er demnach einen erlittenen Schaden nicht nachweisen kann.

Das Klagebegehren wurde in allen Instanzen abgewiesen, — von dem obersten Gerichtshofe in Erwägung, daß der Kläger nach dem Vertrage vom 17. Mai 1864 für die Benützung der ihm von der B auf 10 Jahre überlassenen Handelsgerechtsame und Localitäten zusammen jährlich 1600 fl. zu zahlen hatte und in dem Vertrage nirgends ausgesprochen ist, das der Kläger auch unabhängig von der Benützung der Firma und Handelsgerechtsame die Localitäten allein durch 10 Jahre, um jährlich 700 fl. benützen könne, der 7. Vertragsabsatz vielmehr für das Gegentheil spricht; daß A selbst gegen die separate Einklagung des Bestandzinses für Firma und Handelsgerechtsame die Einwendung, daß der Bestandzins von 1600 fl. wesentlich nur für die Localitäten bedungen und zugestanden ward, vorgebracht und mittelst Klage auf Grund des entgangenen Gebrauches der Localitäten und der Untheilbarkeit des Bestandzinses von 1600 fl. das Erkenntniß, daß der Bestandvertrag auch hinsichtlich der Handelsgerechtsame und Firma aufgehoben sei, erwirkt hat; daß A, welcher seine Bestandrechte bei der Concursmasse der Firma B gar nicht anmeldete, dadurch einerseits zeigte, daß er ihnen keinen Werth beilege und andererseits die Concursmasseverwaltung außer Stand setzte, für die

etwa mögliche Aufrechthaltung des Beſtandverhältniſſes etwas vorzukehren; daß A hiernach einen ihm aus dem Verkaufe der von ihm ſelbſt als Meiſtbieter erſtandenen Häuſer, worauf der Beſtandvertrag intabulirt war, durch das Aufhören der Miethe der fraglichen Localitäten erwachſenen Schaden nicht nachzuweiſen vermag, nachdem er bei dem Zuſammenhange der Zinszahlung für Firma und Gerechtſame und jener für die Localitäten die fernere Benützung der letzteren um jährlich 700 fl. mit der Mehrzahlung jährlicher 900 fl. für die Handelsgerechtſame und Firma hätte erkaufen müſſen, wornach für A bei der von ihm ſelbſt geltend gemachten Werthloſigkeit der Firma und Handelsgerechtſame kein Vortheil ſich ergeben hätte, auch wenn der Nutzwerth der Localitäten auf jährliche 1600 fl. anzuſchlagen wäre, mit welchem Betrage derſelbe jedoch nicht veranſchlagt werden darf, nachdem der Kläger als jetziger Hauseigenthümer den Zinsertrag der Localitäten in der bei der vorauszuſetzenden Redlichkeit der Fatirung nach §. 176 weſtgal. G. O. einen weiteren Beweis entbehrlich machenden Zinsaſſion nur auf 770 fl. angegeben hat.

Nr. 4494.

Veräußerung einer zweifelhaften Erbſchaft.

Entſch. v. 28. Februar 1872, Nr. 786 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des B. G. Sebenico v. 19. Jänner 1871, Nr. 63 und des O. L. G. Zara vom 17. Mai 1871, Nr. 5089). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 15.

M hatte das Kloſter und die Kirche zu X als Erben eingeſetzt und ihnen den Ordensprofeß D ſubſtituirt. Da die Vorerben die Erbſchaft ausſchlugen und D ſeiner Gelübde wegen erbunfähig war, fiel die Erbſchaft an die geſetzlichen Erben Jacoba und Thereſe A und an C. Der Letztere verzichtete auf das Erbrecht zu Gunſten des B. Nun wurde die Erbſchaft von Jacoba und Thereſe A und dem B angetreten und nach vorgängiger Aufnahme des Nachlaßinventars von ihnen im Jahre 1863 ein gerichtlicher Vertrag geſchloſſen, in welchem Jacoba und Thereſe A auf alle Rechte an der Erbſchaft (ogni loro azione, diritto e pretesa sull' eredità) zu Gunſten des B gegen das Entgelt von 800 fl. verzichteten, deſſen Zahlung B verſprach. Noch vor der Verfallszeit der Zahlung erlangte der Nacherbe D von dem päpſtlichen Stuhle die Erlaubniß zur Annahme der Erbſchaft und die Befugniß der Dispoſition mit derſelben, trat die Erbſchaft an und wurde von dem Abhandlungsgerichte als Erbe anerkannt. Nun verweigerte B die Zahlung der 800 fl., und von der Jacoba und Thereſe A deshalb belangt, wendete er ein, daß er von der Erbſchaft des M nichts erhalten habe noch erhalten könne, daher zur Zahlung des ſtipulirten Entgeltes nicht verpflichtet ſei; replicando ſuchten die

Klägerinnen die Einrede damit zu widerlegen, daß der von ihnen und B errichtete Vertrag ein Glücksvertrag war.

In allen drei Instanzen wurde der Vertrag als ein gewagtes Geschäft behandelt und darauf hin dem Klagebegehren stattgegeben, — und zwar von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung: In dem über den Vertrag vom Jahre 1863 errichteten Protokolle ist die ausdrückliche Erklärung enthalten, daß derselbe von den Parteien in Folge des Erbverzichtes des C zu Gunsten des B und der in der Abhandlung abgegebenen Erbserklärungen zur Beschwichtigung (tacitazione) jedes schon gestellten oder eventuellen Anspruches auf die Verlassenschaft des M geschlossen wurde. Schon daraus ergibt sich, daß zur Zeit des Vertragsschlusses die Natur und der Umfang des Erbrechtes der Parteien an diesem Nachlasse noch controvers, mindestens noch unbestimmt und daß jedenfalls die Parteien in Kenntniß der ihre Ansprüche begründenden Verhältnisse waren; daß mithin, wenn die Klägerinnen in dem Absatze I des Vertrages auf jedes Recht und jeden Anspruch (ogni e qualunque azione, diritto e pretesa), der ihnen auf die Erbschaft des M zustand oder zustehen konnte, zu Gunsten des Beklagten verzichteten und dieser den Verzicht annahm, beide Theile bewußt waren, daß der Gegenstand des Verkaufes eben nur die damals noch unbestimmten und ungewissen Rechte der Verkäuferinnen an der erwähnten Verlassenschaft sein sollten. Die Unbestimmtheit der verkauften Ansprüche betraf aber nicht nur den Werth des Nachlasses, sondern ganz besonders das Erbrecht im Allgemeinen, dessen Umfang und die Bedingung, von der es abhing. Denn in den von den Contrahenten angezogenen Erbserklärungen heißt es, „daß in Folge des Erbverzichtes des Klosters und der Kirche zu X die Erbschaft des M laut seines Testamentes dem (damals erbunfähigen) Profeß D, und nach dessen Wegfall ex lege den gesetzlichen Erben des M, beziehentlich den Klägerinnen zur Hälfte, angefallen sei, und daß, selbst wenn D säcularisirt würde und ihm sodann die Erbschaft überlassen werden müßte, zweifellos den Klägerinnen in der Zwischenzeit das beschränkte Eigenthum an der Hälfte des Nachlasses mit den Befugnissen und Verbindlichkeiten eines Nutznießers zustände." Beide Theile wußten daher, daß es sich um die Veräußerung und die Erwerbung eines bedingten, unbestimmten und ungewissen Rechtes handelte, eines Rechtes, welches dauernd und unbeschränkt, oder zeitlich und beschränkt sein mochte, je nachdem der Nacherbe D erbunfähig blieb oder erbfähig wurde. Gegenüber dieser so deutlichen Umgrenzung des Vertragsgegenstandes ist es ohne Belang, daß die Klägerinnen dem Beklagten sofort das Recht einräumten, die Verlassenschaft wie seine eigene Sache zu besitzen und daß er sogar ihnen für das vereinbarte Entgelt von 800 fl. an einem Grundstücke der Verlassenschaft Hypothek bestellte, da diese Acte unter der Voraussetzung des Mönchsstandes des D und seines erwarteten Verbleibens in diesem

Stande mit dem Wesen des geschlossenen Geschäftes in keinem Widerspruche waren. Da nach dem Gesagten der Vertrag vom Jahre 1863 alle Criterien des §. 1267 a. b. G. B., und insbesondere des Kaufes eines noch ungewissen Rechtes (§. 1269 ibid.) hat und demselben weder ausdrücklich noch stillschweigend das Inventar der Erbschaft des M zum Grunde gelegt worden ist, so kann der Beklagte, der, wenn D Mönch blieb, die im Werthe das Entgelt von 800 fl. weit übersteigende Hälfte dieser Erbschaft erlangt hätte, sich nicht beschweren, daß er, nachdem mit der Säcularisirung des D die ihm verkaufte Hoffnung zu nichte geworden ist, dennoch das Entgelt zahlen muß.

Nr. 4495.

Bemessung der Advocatengebühren: Fortbestand des Hofdecretes vom 4. October 1833.

Entsch. v. 28. Februar 1872, Nr. 1866 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Pinguente v. 18. Oct. 1871, Nr. 3319 und des O. L. G. Triest v. 17. Nov. 1871, Nr. 5822). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 15.

In Erwägung, daß, so lange der im §. 17 der Advoc.-Ordn. v. 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, in Aussicht gestellte Gebührentarif nicht erschienen und in Wirksamkeit getreten ist, die Feststellung der Auslagen und des Verdienstes der Advocaten nach den bestehenden Gesetzen, also nach dem Hofdcr. vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, erfolgen muß, hat der oberste Gerichtshof den Recurs des die Geltung des citirten Hofdecretes bestreitenden Advocaten A gegen die gleichförmigen untergerichtlichen Verordnungen, mit welchen auf Ansuchen seines Clienten B die Deservitenrechnung des A adjustirt, beziehentlich moderirt wurde, verworfen.

Nr. 4496.

Unzulässigkeit der Anhaltung des zahlungsunfähigen Schuldners zum Vertuschungseide nach Aufhebung des Concurses.

Entsch. v. 28. Februar 1872, Nr. 1895 (Best. des Decr. des L. G. Eger v. 6. Dec. 1871, Nr. 6105, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 30. Dec. 1871, Nr. 43423). G. H. 1872, S. 120.

Nachdem B die auf Einschreiten seiner Gläubiger A gemäß §. 63 E. O. angeordnete Tagfahrt nicht besucht, noch die Sicherstellung der Forderung derselben oder seine Solvenz nachgewiesen hatte, und daher über sein Vermögen der Concurs eröffnet, sodann aber wegen des vom Concurscommissär angezeigten Vermögensabganges wieder auf-

gehoben worden war, begehrten die A die Ertheilung des gerichtlichen Auftrages an B zur Eidesablegung im Sinne der §§. 66 und 97 C. O. — Dieſes Geſuch wurde in erſter Inſtanz vollſtändig abgewieſen. — Das O. L. G. beſtätigte die Abweiſung in Betreff des im §. 97 C. O. bezeichneten Eides, verordnete aber die Ablegung des Eides nach §. 66 ibid., daß B von ſeinem Vermögen nichts verſchwiegen habe. Gründe: Der §. 154 C. O. verfügt, daß, wenn einer von den im §. 66 ibid. erwähnten Umſtänden erſt im Laufe des Concursproceſſes hervorkommt, der Concurs ohne Verzug aufzuheben iſt. In einem ſolchen Falle tritt nun das Verhältniß des Gläubigers zu ſeinem Schuldner auf denſelben Standpunkt wieder zurück, von welchem aus das Begehren des Gläubigers hätte beurtheilt werden müſſen, wenn ſchon damals der Vermögensſtand des Schuldners bekannt geweſen wäre, welchen zu erforſchen bei dem B gar nicht möglich war, da er, obgleich von dem Gerichte hiezu beauftragt, weder die nach §. 63 ibid. angeordnete Tagfahrt beſucht, noch die A ſichergeſtellt oder ſeine Zahlungsfähigkeit nachgewieſen hat. Da kein Concurs mehr beſteht, ſo kann auch nicht auf das Concursinventar zurückgeſehen werden und es liegt dermalen nur vor, daß B gar kein Vermögen angegeben hat. Er muß daher beſchwören, von ſeinem Vermögen nichts verſchwiegen zu haben, weil dem Schuldner nicht geſtattet ſein kann, der Eidesleiſtung ſich dadurch zu entziehen, daß er keine Erklärung abgibt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte in dem angefochtenen Theile die erſtgerichtliche Entſcheidung, weil der §. 66 C. O. von den darin erwähnten zwei Fällen, in denen der Concurseröffnung nicht ſtattzugeben iſt, nur den Einen Fall — wo der Concurseröffnung wegen Geringfügigkeit des vom Schuldner angezeigten Vermögens nicht ſtattgegeben wurde — als denjenigen bezeichnet, in welchem der Schuldner angehalten werden kann, den Eid abzulegen, daß er von ſeinem Vermögen nichts verſchwiegen habe, — welcher Fall aber hier nicht vorliegt.

Nr. 4497.

Dauer des geſetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers.

Entſch. v. 29. Februar 1872, Nr. 12739 (Beſt. des das Urth. des B. G. Leitmeritz v. 5. Juli 1871, Nr. 7843, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 22. Auguſt 1871, Nr. 25983). G. Z. 1872, Nr. 51.

Nachdem die Vermietherin B den Miether C auf Zahlung des ausſtehenden Miethgeldes belangt hatte, bezog C eine andere Wohnung, in welche er das Mobiliare von ſeiner Wohnung im Hauſe der B übertragen ließ. Die Letztere erwirkte die Verurtheilung des C zur Zahlung der Miethzinsſchuld und auf Grund des Urtheiles die Pfändung und Schätzung des in der neuen Wohnung des C befind-

lichen Mobiliars. Nun trat die A gegen die B mit einer Klage auf, worin sie anführte, die im Pfändungs- und Schätzungsprotokolle sub 1 bis 4 aufgenommenen Stücke der in Execution gezogenen Einrichtung von ihren Aeltern als Ausstattung empfangen zu haben und um das Erkenntniß bat, 1. daß diese Mobilien ihr Eigenthum, 2. daß sie aus der Pfändung und Schätzung auszuscheiden seien. Die Beklagte leugnete die angeführte Eigenthumserwerbung der Klägerin, welche zum Beweis dafür der B den referiblen Haupteid auftrug und machte, davon abgesehen, an den reclamirten Sachen das gesetzliche Pfandrecht nach §. 1101 a. b. G. B. geltend, weil — was die Klägerin stillschweigend zugab — diese Einrichtungsstücke zur Zeit der von der B gegen C angestellten Zinsklage sich in dessen Wohnung im Hause der B befanden, wohin die Klägerin selbst sie habe bringen lassen. — In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil die fraglichen Effecten zugestandenermaßen zur Zeit der Zinsklage der B gegen C in dem von C bei der B gemietheten Raum sich befanden, die Klägerin nicht bewiesen hat, daß sie dieselben dem C nicht anvertraut habe, mithin zu Gunsten der B die Norm des §. 1101 a. b. G. B. eintritt und die Behauptung der Klägerin, daß die B, um das gesetzliche Pfandrecht an den Effecten sich zu erhalten, dieselben vor der Uebertragung in die neue Wohnung des C hätte gerichtlich beschreiben lassen müssen, durch die Erwägung widerlegt ist, daß die gerichtliche Beschreibung der Fahrniß des Miethers, die der Vermiether nach angestellter Zinsklage verlangen kann, nur die Sicherung seines Pfandrechtes durch Feststellung der Identität der Sachen zum Zwecke hat. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren unter der Bedingung, daß die A den oben erwähnten von der B ihr zurückgeschobenen Haupteid schwöre. Gründe: Das im §. 1101 a. b. G. B. eingeräumte gesetzliche Pfandrecht geht dem Vermiether verloren, wenn er in der Zeit, während die Sachen sich in der von ihm vermietheten Wohnung noch befinden, von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, weil durch das Uebertragen derselben zu einem anderen Vermiether für diesen letzteren das gesetzliche Pfandrecht daran erworben wird. Die Beklagte hat zugegeben, daß die Gegenstände zur Zeit der Pfändung und Schätzung nicht mehr in dem von ihr vermietheten Locale waren und indem sie nach überreichter Zinsklage die Entfernung derselben aus diesem Locale zuließ, ohne das gesetzliche Pfandrecht daran geltend gemacht zu haben, hat sie sich dieses Rechtes begeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. mit einfacher Bezugnahme auf die Gründe desselben.

Nr. 4498.

Grenzen der richterlichen Befugniß zur Verbesserung der von der Partei vorgeschlagenen Eidesformel.

Entsch. v. 29. Februar 1872, Nr. 14197 (Best. des Urth. des B. G. Senosetsch v. 21. Juli 1871, Nr. 10956, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 21. Sept. 1871, Nr. 10956). G. Z. 1872, Nr. 51.

In der Klage des A gegen B wurde um das Erkenntniß gebeten, daß B schuldig sei, die Forderung des A von 11 fl. als richtig anzuerkennen und zu gestatten, daß A für diesen Betrag aus der bei Gericht deponirten Brandentschädigungssumme des Beklagten sich zahlhaft mache. B trat der Klage mit der Behauptung entgegen, daß er dem A nichts mehr schuldig sei, weil der Letztere von dem vormaligen Steuersequester C die Summe von 16 fl. erhalten habe und trug in Folge des Widerspruches des A demselben den Haupteid auf: er soll schwören, auf welche Forderung C ihm die 16 fl. gezahlt habe. — In erster Instanz wurde dem Klagebegehren unbedingt stattgegeben. — Das O. L. G. erkannte auf den dahin modificirten Haupteid, daß A den Betrag von 16 fl. von C als gewesenem Steuersequester auf Rechnung der eingeklagten Forderung von 11 fl. erhalten habe und wies den Kläger ab, wenn er diesen Eid nicht negativ abschwört. Das O. L. G. hielt sich zu dieser Modification der Eidesformel für berechtigt, weil dadurch die Eidesformel auf das entscheidende Factum der vom Beklagten eingewendeten Zahlung, die er durch den Eid beweisen wollte, beschränkt werde (§. 208 a. G. O.). Von der Zurückschiebung des Eides wurde im Urtheile Umgang genommen, weil der Delat in der Streitverhandlung darüber keine Erklärung abgegeben hatte (§. 36 des Gesetzes über den summarischen Proceß).

In Erwägung, daß B die Richtigkeit der eingeklagten Forderung zugibt, die von ihm eingewendete und von A widersprochene Zahlung derselben aber nicht nachweist, indem er selbst anführt, nicht zu wissen, ob der Betrag von 16 fl., welchen A vom Steuersequester C nach seiner, des B Anführung empfangen hätte, auf Rechnung der eingeklagten oder einer anderen Forderung gegeben worden sei, und daß der von B zum Beweis der Zahlung deferirte Haupteid schon seinem Inhalte nach unzuläßig ist, hat der oberste Gerichshof das erstgerichtliche Urtheil bestätigt.

Nr. 4499.

Auslegung einer Schuldurkunde: Kauf- oder Trödelvertrag? Cautio indiscreta?

Entsch. v. 29. Februar 1872, Nr. 15286 (Best. des das Urth. des B. G. Marburg v. 27. März 1871, Nr. 5433, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 11. Oct. 1871, Nr. 7764). G. Z. 1872, Nr. 51.

Die Klägerin A producirte einen von der Beklagten B unterschriebenen Schein, worin sich diese verpflichtete, „für von der A über-

nommene Waaren im Werthe von 35 fl. und einen Kasten mit 5 fl. den Betrag von 40 fl. dem Vorzeiger dieser Empfangsbestätigung in Monatsraten à 5 fl. zu entrichten". Die Bezeichnung der causa debendi mit der Anführung ergänzend, daß die B die Waaren käuflich übernommen habe, forderte die Klägerin nach Empfang angezahlter 7 fl. von der Beklagten die Zahlung des Restes. Die B entgegnete, daß sie die Sachen nicht als Käuferin, sondern zum Verkauf in Verwahrung übernommen und nur zum Erlag des Verkaufserlöses sich verpflichtet habe, mithin, da sie nichts davon an Mann gebracht, der Klägerin keine Zahlung schuldig sei, wie sie auch nicht die behauptete Abschlagzahlung von 7 fl. derselben geleistet habe. — In erster Instanz wurde das Klagebegehren aus folgenden Gründen abgewiesen: Da aus dem von der A producirten Scheine das angebliche, beklagterseits abgeleugnete Kaufgeschäft nicht hervorgeht, indem darin weder einer käuflichen Uebernahme der Waaren Erwähnung geschieht noch angeführt ist, daß die B die 40 fl. als Kaufpreis schuldet; da somit der specielle Rechtsgrund der Zahlungspflicht der Letzteren in keiner Weise von der Klägerin erwiesen ist und durch eine Urkunde, worin eben der specielle Rechtsgrund nicht angegeben erscheint, allein der Beweis einer Verbindlichkeit gemäß Just.-Minist.-Erlasses v. 7. Nov. 1855, Nr. 9671 *) nicht hergestellt wird, kann dem Klagebegehren nicht stattgegeben werden und zeigte sich auch der von der Beklagten zum Beweis des ihrerseits behaupteten Trödelvertrages der Klägerin deferirte Haupteid als überflüssig, weil der Letzteren der Beweis des von ihr behaupteten Kaufgeschäftes oblag. Wegen Mangels der Angabe des speciellen Rechtsgrundes in dem producirten Scheine kann — abgesehen davon, daß darin selbst der Name des Gläubigers nicht bezeichnet ist — auch nicht auf das in demselben enthaltene Zahlungsversprechen der B Bedacht genommen werden. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren in der Erwägung, daß nach dem oben angeführten Inhalte des von der Klägerin beigebrachten Scheines die Beklagte Sachen um eine bestimmte Summe Geldes übernommen und zur Zahlung dieser Summe sich unbedingt verpflichtet, mithin im Sinne des §. 1053 a. b. G. B. einen Kauf geschlossen hat, und auf den von ihr angeführten Verwahrungs- oder Commissionsvertrag, bei dessen Widerstreit gegen den Inhalt des Scheines nach §. 887 a. b. G. B. keine Rücksicht zu nehmen, folglich der dafür angetragene Beweis durch den Haupteid irrelevant ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

---

*) Vielmehr Zuschrift des Justizministeriums an den obersten Gerichtshof, worin das Ministerium zu den ihm zur Einsicht mitgetheilten Rathsprotokollen des obersten Gerichtshofes von der ersten Hälfte 1855 mehrere Bemerkungen, darunter die im Text angeführte gemacht hat.

Nr. 4500.

Triennalverjährung von Leibrenten: Berechnung der nicht-verjährten Raten.

Entſch. v. 29. Februar 1872, Nr. 1376 (Beſt. des das Urth. des L. G. Trieſt v. 30. Auguſt 1871, Nr. 5791, zum Theile abänd. Urth. des O. L. G. Trieſt v. 24. Nov. 1871, Nr. 5138). G. Z. 1873, Nr. 99.

Zufolge Vertrages vom Jahre 1858 hatte M dem N eine Leibrente jährlicher 525 fl. in gleichen Semeſtralraten am 1. März und am 1. September jeden Jahres zu zahlen. Am 2. October 1868 ſtarb N, und am 11. Jänner 1870 belangte ſeine Erbin A die Erben des gleichfalls verſtorbenen M auf Zahlung der vom 1. März 1859 bis zum Todestag des N berechneten Rentenſchuld. Die Beklagten wendeten unter anderen die Triennalverjährung nach §. 1480 a. b. G. B. ein, welche von beiden Untergerichten in thesi zugelaſſen wurde. Mit Rückſichtnahme auf den Tag der Klage umfaßte die von dieſer Verjährung nicht getroffene Periode den Zeitraum vom 11. Jänner 1867 bis 11. Jänner 1870. — Das Gericht erſter Inſtanz adjudicirte nun der Klägerin von der am 1. März 1867 verfallenen Semeſtralrate nur den für die Zeit vom 11. Jänner 1867 bis 1. März 1867 berechneten Theilbetrag, dann die am 1. März und 1. September 1868 verfallenen Semeſtralraten und von der Rate, deren Verfallstag (1. März 1869) M nicht mehr erlebte, den auf die Zeit vom 1. September 1868 bis zum 2. October 1868, dem Todestage des M, fallenden Theilbetrag. — Von der Anſicht ausgehend, daß alle Raten, deren Verfallstag erſt nach dem Beginne der von der Verjährung nicht getroffenen Periode eintrat, der Klägerin voll gebühren, adjudicirte das O. L. G. derſelben auch den ganzen Betrag der am 1. März 1867 fällig gewordenen Rate.

Der oberſte Gerichtshof erklärte die Auffaſſung der zweiten Inſtanz für die richtige und verwarf daher die gegen die Entſcheidung des O. L. G. ergriffene Reviſionsbeſchwerde der Beklagten.

Nr. 4501.

Verbot: Beweis der Gefahr.

Entſch. v. 3. März 1872, Nr. 1865 (Beſt. des das Decr. des B. G. Comen v. 6. Juni 1871, Nr. 1380, abänd. Decr. des O. L. G. Trieſt v. 20. Oct. 1871, Nr. 5397). G. Z. 1873, Nr. 10.

A begehrte für ſeine durch eine vollen Glauben verdienende Urkunde bewieſene Forderung per 215 fl. gegen B das Verbot auf einen für B bei Gericht deponirten Kaufſchilling. — In erſter Inſtanz wurde ſeinem Geſuche ſtattgegeben, weil die Forderung des A durch

die gelegte Urkunde ſchon vollkommen bewieſen ſei und daher die angeſuchte ſicherſtellungsweiſe Maßregel nach §. 284 a. G. O. unbedingt und ganz abgeſehen von einer Nachweiſung der wirklich vorhandenen Gefahr zu bewilligen war. — Das O. L. G. verweigerte das Verbot und begründete ſeine Entſcheidung damit, daß das Geſetz im §. 283 a. G. O. dem Gläubiger, welcher die Erlangung des Verbotes auf fahrende und in der Gewahrſame dritter Perſonen befindliche Güter ſeines Schuldners anſtrebt, die unabweisliche Pflicht auferlegt, den Beweis über das Vorhandenſein der Gefahr des Verluſtes der Forderung wegen Mangels anderer hinlänglicher Zahlungsmittel ſeines Schuldners zu liefern und daß dieſes weſentliche Erforderniß auch in dem durch den §. 284 a. G. O. vorgeſehenen Fall, wenn der Gläubiger ſeine Forderung mit vollen Glauben verdienenden Urkunden nachweiſen könne, vorhanden ſein muß; daß jedoch A dieſe Gefahr gar nicht dargethan hat, indem dieſelbe aus dem von ihm angeführten Umſtande, daß dem B vor der Entſcheidung des von A wegen der 215 fl. wider ihn anhängig gemachten Proceſſes das Depoſitum angewieſen und ausgefolgt werden könnte, noch nicht hervorgeht.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die obergerichtliche Entſcheidung mit einfacher Berufung auf deren Begründung.

Nr. 4502.

Expropriation: Vergleichs- oder Verkaufsvertrag? Vorausſetzungen der Geltendmachung des Rechtsmittels wegen laesio enormis.

Entſch. v. 5. März 1872, Nr. 13915 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des L. G. Innsbruck v. 13. März 1871, Nr. 115 und des O. L. G. Innsbruck v. 7. Sept. 1871, Nr. 2135). G. Z. 1872, S. 52.

Der Grundeinlöſungscommiſſär der Südbahngeſellſchaft hatte, ohne es auf eine Schätzung zum Zwecke der Expropriation ankommen zu laſſen, mit der Güterbeſitzerin B einen von der Geſellſchaft ſelbſt ratificirten Vertrag abgeſchloſſen, dem zufolge die B derſelben einen Theil ihres Hofes nach den ermittelten Einheitspreiſen um 28.558 fl. eigenthümlich zum Bahnbau überließ. Nachher überreichte die Südbahngeſellſchaft gegen B die Klage wegen Verletzung über die Hälfte nach §. 934 a. b. G. B., weil laut des zum ewigen Gedächtniſſe aufgenommenen Augenſcheines und Kunſtbefundes der eingelöſte Grundcomplex mit Zugrundelegung einer 4perc. Capitaliſirung des Jahreserträgniſſes nur einen Werth von 7906 fl. repräſentire. Als weitere Thatſache ſei erwähnt, daß zur Zeit der Aufnahme des erwähnten Augenſcheines der eingelöſte Grund bereits größtentheils abgegraben war und in

der Folge vom Bahnkörper vollständig bedeckt wurde. — In allen drei Instanzen wurde das Klagebegehren abgewiesen.

Die sämmtlich gleichlautenden, den Ausführungen der Geklagten conformen Entscheidungsgründe enthalten folgende principielle Momente: 1. Der von beiden Streittheilen geschlossene Vertrag trägt entschieden die Natur eines Vergleiches in sich, wie dies nicht nur aus der Beziehung auf §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessionsgesetzes vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, und aus der Benennung als „gütliches Uebereinkommen", sondern vorzugsweise aus der Betrachtung sich ergibt, daß einerseits das überhaupt oder in seiner Ausdehnung zweifelhafte Expropriationsrecht, welches durch den Nachweis der Nothwendigkeit der einzulösenden Grundfläche zum Bahnbau bedingt war, seitens der Geklagten anerkannt wurde, andererseits die Contrahenten über die der Geklagten gebührende „angemessene Entschädigung", demnach wieder über ein in der Summe nicht richtig gestelltes zweifelhaftes Recht mit Verzicht auf dessen Ermittlung durch eine gerichtliche Schätzung übereinkamen. 2. Wäre aber der erwähnte Vertrag auch als gewöhnlicher Kauf zu betrachten, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß nach dem bestimmten Wortlaute des Gesetzes der verletzte Theil nur das Recht hat, die Aufhebung des Geschäftes und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern und dem verletzenden Theile die Alternative zusteht, entweder diese Folge sich gefallen zu lassen, oder aber das Geschäft dadurch aufrecht zu halten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werth ersetzt. Die Klägerin hat nun zugestanden, daß die Rückstellung des eingelösten Grundes im vorigen Stande an die Geklagte darum unmöglich sei, weil derselbe bereits vom Bahnkörper bedeckt werde; sie hat sich aber nach dem Satze pretium succedit in locum rei zur Erstattung des Schätzungswerthes bereit erklärt (§. 1323 a. b. G. B.). Allein in Erwägung, daß der Grund der gesetzlichen Anordnung des §. 934 a. b. G. B. darin liegt, daß, die im Gesetze bestimmten Ausnahmsfälle abgerechnet, Niemand gezwungen werden kann, die eigene Sache einem Dritten zu überlassen, und daher die Herstellung in den vorigen Stand, somit die Möglichkeit seitens des Verletzten dieselbe anzubieten, die Voraussetzung bildet, um von diesem Rechtsmittel Gebrauch machen zu können; in Erwägung, daß die Herstellung in den vorigen Stand die Rückgabe alles dessen, was Jemand aus dem Vertrage erhalten hat (§. 877 a. b. G. B.) in natura, nicht aber einen Ersatz des empfangenen Entgeltes bedeutet, und gerade aus dem §. 1323 a. b. G. B. zu entnehmen ist, daß Herstellung in den vorigen Stand, oder Vergütung des Schätzungswerthes nicht dasselbe ist, die Unmöglichkeit der ersteren aber von der Klägerin selbst concedirt wird, so müßte die Klage selbst dann abgewiesen werden, wenn der zwischen den Streittheilen geschlossene Vertrag als gewöhnlicher Kauf zu betrachten wäre und nicht die Natur eines Vergleiches besäße.

Nr. 4503.

Aufhebung des Concurses wegen Rücktrittes aller Gläubiger bis auf Einen.

Entsch. v. 5. März 1872, Nr. 1626 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Linz v. 23. Nov. 1871, Nr. 11281 und des O. L. G. Wien v. 10. Jänner 1872, Nr. 25476). G. H. 1873, S. 58.

Die Verfügung der Untergerichte, wodurch auf Einschreiten des Concursmasseverwalters der Concurs des A wieder aufgehoben worden ist, weil alle Concursgläubiger, bis auf Einen perlönlichen Gläubiger, von dem Concursverfahren abgestanden sind, wurde von dem Letzteren mit der Begründung angefochten, daß die der Aufhebung des Concurses beistimmenden Gläubiger nicht aufgehört haben „Gläubiger" (§. 66 C. O.) zu sein, mithin der §. 154 C. O. hier nicht anwendbar sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs, weil in der Subsumtion des vorliegenden Falles unter §. 154 C. O. eine zur Abänderung der gleichförmigen Beschlüsse der Untergerichte Anlaß gebende Gesetzwidrigkeit nicht gefunden werden kann.

Nr. 4504.

Bestellung einer servitus viae an dem Grundstücke eines Pupillen: Competenz zur gerichtlichen Genehmigung.

Entsch. v. 5. März 1872, Nr. 2157 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hohenmauth v. 16. Februar 1871, Nr. 1006 und des O. L. G. Prag v. 4. Dec. 1871, Nr. 5646). G. H. 1872, S. 133.

Nachdem das Grundstück X der minderjährigen A dem B verkauft und grundbücherlich zugeschrieben worden war, zeigte sich, daß dasselbe dem Käufer nur mittelst Fahrweges über das Grundstück Y der Verkäuferin zugänglich ist. Deshalb wurde ihm von dem Vormunde der A mit Genehmigung des B. G. in Hohenmauth als Pupillargericht an dem Grundstücke Y die Servitut des Fahrweges eingeräumt. Es entstand dabei die Frage, ob diese Bestellung der Servitut, um giltig zu sein, im Sinne des §. 83 J. N. der Genehmigung des Gerichtshofes erster Instanz bedurfte.

Der oberste Gerichtshof entschied verneinend, weil in dem citirten Paragraph die Genehmigung des Gerichtshofes erster Instanz nur für die Veräußerung von Pupillengütern vorbehalten ist.

Nr. 4505.

Abgrenzung des ſtreitigen und nichtſtreitigen Verfahrens: Unzuläſſigkeit der Zurückweiſung der Erbserklärung ex lege eines Teſtamentserben.

Entſch. v. 5. März 1872, Nr. 2199 (Beſt. des Decr. des B. G. Graz vom 29. Nov. 1871, Nr. 24729, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 18. Jänner 1872, Nr. 642). G. Z. 1872, Nr. 61. G. H. 1872, S. 398.

Die ledige M ſtarb mit Hinterlaſſung eines ſchriftlichen Teſtamentes, worin ſie ihr Kind, den nach der Teſtamentserrichtung gebornen A, und, wenn derſelbe ſtürbe, deſſen Vater B zum Erben einſetzte. Das Teſtament wurde vorſchriftsmäßig kundgemacht und hinterlegt und der Vormund des minderjährigen A überreichte ſeine bedingte Erbserklärung aus dem Geſetze, indem er anführte, daß er nach genauer Prüfung und Erwägung vielfacher maßgebender Verhältniſſe das von B producirte Teſtament als unecht und ungiltig erklären müſſe. — Das Abhandlungsgericht hat dieſe Erbserklärung angenommen; das O. L. G. hingegen verordnete, daß die Erbserklärung als nach §. 808 a. b. G. B. zu einer aufrechten Erledigung nicht geeignet zurückgeſtellt werde.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte den erſtrichterlichen Beſcheid in Erwägung, daß der Vormund des A in ſeiner Eingabe die letztwillige Verfügung der M, welche auch ſeine Pupillin war, als unecht und ungiltig bezeichnet und deswegen zu ihrem Nachlaſſe aus dem Rechtstitel des Geſetzes die bedingte Erbserklärung abgegeben hat und daß das Abhandlungsgericht dieſelbe nach der klaren Anordnung des §. 122 des kaiſerl. Patentes vom 9. Auguſt 1854, Nr. 208, ſelbſt in dem Falle, wenn eine widerſprechende Erbserklärung ſchon vorgelegen wäre, anzunehmen verpflichtet war; die Frage aber, ob eine ſolche Erbserklärung im Sinne des §. 808 a. b. G. B. zuläſſig und rechtswirkſam ſei, nicht auf dem Recurs-, ſondern nur auf dem ordentlichen Rechtswege erörtert und entſchieden werden kann.

Nr. 4506.

Unzuläſſigkeit der Veräußerung eines nicht inventirten Theiles des Concursvermögens vor der Liquidirungstagfahrt.

Entſch. v. 5. März 1872, Nr. 2358 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 29. Jänner 1872, Nr. 12000 und des O. L. G. Wien vom 7. Februar 1872, Nr. 2150). G. H. 1872, S. 137.

Nach der Eröffnung des Concurſes über das Vermögen des A und erfolgter Wahl des Maſſeverwalters und des Gläubigerausſchuſſes

wurde dem Concurscommiſſär ein für die Concursmaſſe vortheilhaft ſcheinender Vertrag zur Genehmigung vorgelegt, mit welchem ein in Peſt etablirter Handelsmann das dort befindliche Waarenlager des Cridars und die in Ungarn ausſtehenden Forderungen desſelben um 31.000 fl. übernahm. Der Concurscommiſſär verweigerte die nach §. 147 lit. f der C. O. ſeinerſeits erforderliche Ermächtigung zu dieſer Veräußerung, weil das Inventar des in Peſt befindlichen Concursvermögens noch nicht aufgenommen worden war. Das Concursgericht, bei welchem dagegen Beſchwerde geführt wurde, wies ebenfalls das Geſuch zurück, allein nicht aus dem vom Concurscommiſſär angeführten Grunde, den es vielmehr beſeitigte, ſondern in der Erwägung, daß dem Verkaufe des Waarenlagers Rückforderungsanſprüche entgegenſtehen und auch Pfandrechte an den Waaren haften könnten. — In dem gegen dieſe Entſcheidung ergriffenen Reviſionsrecurſe wurde ausgeführt, daß bei Annahme der Motivirung des Concursgerichtes die Veräußerung beweglichen Concursvermögens vor dem Anmeldungstermin, reſp. vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt gar nicht möglich wäre, und daß auch nach Abhaltung der letzteren dieſe Gründe der Veräußerung entgegenſtänden, da Rückforderungs- und Pfandrechte extra concursum geltend gemacht werden können; daß, wenn mit der Veräußerung des beweglichen Vermögens bis zur Liquidirungstagfahrt gewartet werden muß, die Beſtimmungen des §. 142, 3. Abſatz und des §. 147 lit. e der C. O. ganz überflüſſig ſeien, weil der Concurscommiſſär *vor* der Liquidirungstagfahrt der Veräußerung beweglichen Vermögens aus freier Hand, wegen der möglichen Rückforderungsanſprüche und Pfandrechte, die Genehmigung verſagen müßte, *nach* der Tagfahrt aber zu einer Entſcheidung nicht berufen wäre (§. 144 C. O.) — Das O. L. G. verwarf den Recurs, weil wegen Mangels des Waareninventars zur Beurtheilung der Vortheilhaftigkeit des Geſchäftes jede Grundlage fehlt.

Der a. o. Reviſionsrecurs wurde von dem oberſten Gerichtshofe in der Erwägung abgewieſen, daß in der untergerichtlichen Ablehnung der Genehmigung des vorgelegten Vertrages eine Geſetzwidrigkeit nicht erblickt werden kann, da das von dem Disponenten des Peſter Geſchäftes des Cridars verfaßte Verzeichniß der Waaren und ausſtehenden Forderungen (das den Gerichten vorgelegt wurde) und ſeine Bewerthung der Waaren ſtatt des nach den Vorſchriften der §§. 91, 93 und 94 C. O. zu errichteten Inventars, nicht wohl die Grundlage des Vertrages bilden kann, und daß in Betreff der Abtretung der Forderungen, die zur Maſſe gehören, im §. 146 C. O. noch beſondere Vorſichten angeordnet ſind, die jedenfalls die Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt vorausſetzen.

Nr. 4507.

Beginn der Verjährung für Klagen aus Verträgen mit Minderjährigen.

Entſch. v. 6. März 1872, Nr. 15049 (Beſt. des Urth. des B. G. Nechanitz v. 14. Juli 1871, Nr. 3660, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 27. Sept. 1871, Nr. 30861). G. H. 1872, S. 295.

Gegen die von A mit Klage vom 21. Februar 1871 geltend gemachte Forderung wendete B die 30jährige Verjährung ein, weil der Vertrag, aus welchem ſie entſtand, am 29. September 1840 geſchloſſen worden war.

Der oberſte Gerichthof verwarf die Einrede der Verjährung, weil der am 29. September 1840 geſchloſſene Vertrag für den damals minderjährigen B erſt am 26. Februar 1871 von dem Curatelgerichte genehmigt, mithin für ihn erſt an dieſem Tage verbindlich geworden iſt, von welchem bis zum Tage der Klage 30 volle Jahre nicht verſtrichen ſind.

Nr. 4508.

Requirirung eines ruſſiſchen Gerichtes zur Abnahme eines Eides: Pflicht der Partei, eine ruſſiſche Ueberſetzung der Eidesformel beizubringen.

Entſch. v. 6. März 1872, Nr. 2171 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des K. G. Zloczow v. 15. März 1871, Nr. 1845 und des O. L. G. Lemberg v. 15. Sept. 1871, Nr. 25125). G. H. 1872, S. 166.

Nachdem in der beim K. G. Zloczow verhandelten Rechtsſache des in Berdgerow (Rußland) wohnhaften A gegen die Concursmaſſe der B pcto. 2687 Rubel auf einen dem Kläger aufgetragenen Haupteid erkannt worden war, begehrte derſelbe, daß um die Abnahme des Eides das kaiſerl. ruſſiſche Gericht Berdgerow erſucht werde. — Beide Untergerichte haben das Begehren mit Bezugnahme auf die Juſt.-Min.-Verordn. vom 6. Mai 1868, Nr. 5003, abgewieſen, weil von dem A die vorgeſchriebene ruſſiſche Ueberſetzung nicht vorgelegt wurde.

Der a. o. Reviſionsrecurs des A, worin er die verbindende Kraft der citirten Juſtiz-Miniſterial-Verordnung beſtritt, weil dieſelbe durch das R. G. Bl. nicht publicirt worden iſt, und davon abgeſehen, geltend machte, daß nach dieſer Verordnung (verb.: „die Koſten des Verfahrens treffen das requirirende Gericht") das Proceßgericht die Koſten des Verfahrens der Requiſition, mithin auch jene der ruſſiſchen Ueberſetzung der Eidesformel zu beſtreiten habe, — wurde von dem oberſten Gerichtshof mit der Begründung verworfen, daß in der Juſt.-Min.-Verordn. dem Gerichte die Herbeiſchaffung der ruſſiſchen Ueberſetzung

der Eidesformel nicht auferlegt und in Betreff der Koſten nur das Verhältniß der kaiſerl. ruſſiſchen Behörden zu den öſterr. Gerichten geregelt, allein nicht ausgeſprochen iſt, daß dieſelben das öſterreichiſche Gericht, d. i. der Fiscus, und nicht die Partei zu tragen habe.

Nr. 4509.

Eigenthum an einem Grundſtück mit bedingtem Endtermin: Executionsführung darauf.

Entſch. v. 6. März 1872, Nr. 2270 (Beſt. des das Decr. des B. G. Landskron v. 15. Sept. 1871, Nr. 3066, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 11. Dec. 1871, Nr. 41149). G. H. 1872, S. 169.

B ſteht in dem Grundbuche als Eigenthümer der Liegenſchaft X mit der Beſchränkung, daß ſein Recht in einem beſtimmten, grundbücherlich bezeichneten Falle zu Gunſten des C, reſp. des M als Rechtsnachfolger des C erliſcht. Als nun A, der gegen B wegen einer Geldforderung die Intabulation des executiven Pfandrechtes an der Liegenſchaft X erwirkt hatte, die Feilbietung begehrte, wurde von dem Gerichte erſter Inſtanz ſeinem Geſuche gemäß die Verſteigerung „des dem B gehörenden Gutes X" ohne Beiſatz ausgeſchrieben. — Auf den Recurs der Erben des M hat das O. L. G. das Feilbietungsgeſuch des A abgewieſen, weil die Verſteigerung, ſo wie er ſie begehrte, nämlich ohne Aufnahme der grundbücherlichen Beſchränkung des Eigenthumes des Executen in den Feilbietungsbedingniſſen nicht bewilligt werden könne.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Anſicht und Entſcheidung des O. L. G.

Nr. 4510.

Unſtatthaftigkeit des Diffeſſionseides nach Conſtatirung der Unechtheit durch Kunſtbefund.

Entſch. v. 7. März 1872, Nr. 13197 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des K. G. Neutitſchein v. 14. Mai 1871, Nr. 1011 und des O. L. G. Brünn v. 7. Sept. 1871, Nr. 10709). G. H. 1872, S. 157.

Nachdem in der ſummariſch verhandelten Rechtsſache des A gegen die Erben des B pcto. Zahlung einer Wechſelforderung die zur Vergleichung der Handſchrift des B auf dem Klagewechſel gehörten Experten erklärt hatten, daß der Wechſel von demſelben nicht eigenhändig unterſchrieben ſei, haben beide Untergerichte die Klage des A abgewieſen, ohne den von ihm den Beklagten nach §. 37 des Geſetzes über das ſummariſche Verfahren zugeſchobenen Eid (der Unechtheit) zuzulaſſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die untergerichtlichen Erkenntniſſe. Gründe: Der Beweis durch Sachverſtändige iſt nicht nur zu Ungunſten des Klägers ausgefallen, ſondern es iſt durch ſie die Einwendung des Beklagten, daß die Unterſchrift des B unecht ſei, geradezu beſtätigt worden. Dieſem Beweiſe gegenüber kann auf den Eid nach §. 37 des Geſetzes über den ſummariſchen Proceß nicht mehr erkannt werden, weil dieſer Eid nur ein ſubſidiäres Beweismittel iſt, deſſen Zulaſſung als Gegenbeweis wider den ſchon vorhandenen Befund der Sachverſtändigen ganz unſtatthaft wäre.

Nr. 4511.

Umfang einer übernommenen Bürgſchaft.

Entſch. v. 7. März 1872, Nr. 2124 (Beſt. des Urth. des ſtädt.-deleg. B. G. Königgrätz v. 15. Sept. 1871, Nr. 3805, Abänd. des Erkenntniſſes des O. L. G. Prag v. 14. Nov. 1871). G. Z. 1872, Nr. 69.

Der oberſte Gerichtshof wies die Klage des A wider die B auf Zahlung eines Koſtenvergütungs- und Lohnbetrages aus folgenden den Sachverhalt aufklärenden Gründen ab: Die Klage des A iſt darauf gegründet, daß C, Gatte der Geklagten B, ſeine Wechſelforderung an D dem Kläger A zu dem Ende girirte, damit A dieſe Forderung von dem Wechſelſchuldner D eintreibe, wobei C dem Kläger A nicht nur den Erſatz aller Koſten, ſondern auch einen angemeſſenen Lohn verſprach, daß ferner die Geklagte B ſich in der vorliegenden ſchriftlichen Urkunde verpflichtete, als Bürgin für die Einbringlichkeit aller mit der Einklagung und Execution der Wechſelforderung verbundenen Koſten zu haften, daß die angeſprochenen Koſten in dem Proceſſe und in der Executionsführung gegen den Wechſelſchuldner D wirklich aufgelaufen ſeien und daß endlich C, deſſen Bürgin die Geklagte B iſt, trotz wiederholter Einmahnungen ſeine Verbindlichkeiten nicht erfüllte. Die dieſer Klage des A zu Grunde liegende oben angeführte Bürgſchaftserklärung der Geklagten B kann nun nach §. 1353 a. b. G. B. nicht weiter ausgedehnt werden, als die Bürgin ſich ausdrücklich erklärt hat. Dem Wortlaute der Bürgſchaftsurkunde nach hat ſich aber die B nur für die Einbringlichkeit der mit der Klage und den Executionsſchritten wider D aufgelaufenen Koſten verbürgt. Wenn daher der Kläger A ſeine Anſprüche gegen B erhebt, ſo müßte er doch vorerſt erweiſen, daß der Hauptſchuldner C, für welchen die Geklagte B Bürgſchaft leiſtete, ihm die angeſprochenen Koſten zu zahlen ſchuldig ſei, und daß dieſe Koſten von C nicht eingebracht werden können. So lange dieſer Beweis mangelt, iſt das Klagebegehren gegen die Bürgin B unſtatthaft.

Nr. 4512.

Forum solutionis: ſtillſchweigend übernommene Verpflichtung zur „Einſendung" des Preiſes.

Entſch. v. 12. März 1872, Nr. 15382 (Beſt. des das Urth. des B. G. Leibnitz v. 30. Juni 1871, Nr. 1843, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 9. Nov. 1871, Nr. 13695). G. Z. 1872, Nr. 60.

Gegen die beim B. G. Leibnitz, als angebliches forum contractus angeſtellte Klage der Firma A wider den in St. Veit anſäſſigen Gaſtwirth B wegen Zahlung von 67 fl. für demſelben verkauften Wein erhob B die Einrede der Unzuſtändigkeit des angerufenen Gerichtes, indem er das klägeriſcherſeits behauptete Verſprechen, die Zahlung des Kaufgeldes in Leibnitz zu leiſten, ableugnete und ſein perſönliches Forum — B. G. St. Veit — geltend machte. Die Firma gründete zunächſt das forum contractus auf ihre Correſpondenz mit B über den Weinkauf und deferirte ſubſidiariſch demſelben den von ihm angenommenen Haupteid darüber, daß er dem klägeriſchen Agenten C, bei dem er den Wein beſtellte, auf Begehren des Letzteren ausdrücklich verſprochen habe, den Preis dafür loco Leibnitz zu zahlen. — Auf dieſen Haupteid erkannte das Gericht erſter Inſtanz und machte die Entſcheidung des Competenzſtreites und, da ſummariſch verhandelt wurde, auch jene über die Hauptſache davon abhängig. Die vorhin erwähnte Correſpondenz beſteht 1. in dem Schreiben der Firma A an B ddo. Leibnitz 14. Mai 1870, worin ſie die Abſendung des Weines und die Belaſtung mit dem Kaufpreis pr. 135 fl. mittheilt und wegen Mangels eines Bevollmächtigten zum Incaſſo den B erſucht, den obigen Betrag direct einzuſenden; 2. in der Beantwortung dieſes Briefes ddo. St. Veit 20. Mai 1870, worin B ſchrieb: Am 12. Mai erhielt ich von Ihnen die geſendeten zwei Halbſtartin, nachdem ich doch nur ein Halbſtartin guten abgelegenen Kerſchbacher beſtellt hatte. Ich löſte ſie aus mit 8 fl. 23 kr., ohne daß ich noch auf dem Bahnhof die Weine koſten konnte. Hätte ich das thun können, ſo wären die Weine zu Ihrer Verfügung geblieben. Ich führte ſie nach Haus, ließ ſie bis 17. Mai ruhen und verſteuerte am 19. Mai das eine Faß. Dieſer Wein findet keinen Beifall; um den Preis kauft man ſich andere Weine. Den verſteuerten muß ich ſehr begreiflich behalten; der andere liegt aber zu Ihrer Verfügung in meinem Keller. — Das O. L. G. verurtheilte den B unbedingt zur Zahlung der Klageſumme. Gründe: Da nur die klagende Firma appellirt hat, ſo beſchränkt ſich die obergerichtliche Beurtheilung auf die den einzigen Gegenſtand der Appellation bildende Zulaſſung des Haupteides über die Frage des Zahlungsortes und die davon abhängige Competenzfrage. Dieſer Haupteid erſcheint nun angeſichts der obigen zwei von der Firma producirten Briefe als unerheblich und daher als unzuläſſig. Im Schreiben ddo. Leibnitz 14. Mai 1870 erſucht nämlich die Firma den

Beklagten, den Betrag direct ihr einzusenden, was bei dem Umstande, als die Firma in Leibnitz etablirt ist, wohl nur dahin verstanden werden kann, daß der Betrag derselben nach Leibnitz einzusenden, somit Leibnitz als Ort der Zahlung bestimmt worden sei. Daß der Beklagte diese Bedingung angenommen, ergibt sich aber aus seinem Antwortsschreiben ddo. St. Veit 20. Mai, worin er den Empfang des übersandten Weines bestätigte, gegen das Begehren der Zahlung loco Leibnitz aber keine Einwendung erhob, überhaupt davon keine Erwähnung machte, wonach er also als mit der gedachten Bedingung einverstanden angesehen werden muß. Außerdem bestimmt der Art. 325 H. G. B., daß bei Geldzahlungen der Schuldner verpflichtet ist, wenn nicht ein Anderes aus dem Vertrag oder aus der Natur des Geschäftes oder aus der Absicht der Contrahenten hervorgeht, die Zahlung dem Gläubiger an den Ort zu übermachen, an welchem der Letztere zur Zeit der Entstehung seiner Forderung seine Handelsniederlassung oder seinen Wohnort hatte, welche Vorschrift wieder für Leibnitz als Zahlungsort spricht. Hieraus ergibt sich die Unstatthaftigkeit der Incompetenzeinrede des Beklagten, ohne daß es nothwendig ist, desfalls auf den in erster Instanz zugelassenen Haupteid zu erkennen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

Nr. 4513.

Beweis zum ewigen Gedächtniß: Vernehmung der bereits officiös vernommenen Zeugen des letzten Willens.

Entsch. v. 12. März 1872, Nr. 2627 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Deutschlandsberg v. 19. Dec. 1871, Nr. 4066 und des O. L. G. Graz v. 1. Februar 1872, Nr. 1135). G. H. 1873, S. 26.

Das Gesuch der in dem mündlichen Codicill des M Bedachten um Vernehmung der in der Verlassenschaftsabhandlung nach den §§. 65 und 66 des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, bereits verhörten Codicillzeugen zum ewigen Gedächtniß im Sinne des §. 179 a. G. O. wurde gegen die Einsprache der gesetzlichen Erben in allen Instanzen bewilligt, — von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung, daß der zweite Satz des §. 67 des citirten Patentes jedem Theile, also auch demjenigen, der seinen Anspruch aus einem Codicill herleitet, das Recht vorbehält, die Giltigkeit des über dasselbe bereits abgelegten Zeugnisses im rechtlichen Verfahren zu bestreiten; daß ihm desfalls die Beweisführung mittelst der nach §§. 65 und 66 ibid. schon verhörten Zeugen nicht verschlossen und diese Beweisführung ohne sonstige Beschränkung nur nach den Vorschriften der a. G. O. zu beurtheilen ist; daß vorhinein nicht behauptet

werden kann, daß die im Proceßwege abzulegenden Zeugenaussagen mit den im Abhandlungsverfahren bereits abgelegten in Widerspruch sein werden, und daß übrigens, wenn ein Widerspruch sich ergäbe, die Frage: was für bewiesen zu halten sei, was nicht, der richterlichen Entscheidung vorbehalten bleiben muß.

Nr. 4514.

Qualification der Klage wegen Quantitätsmängel der verkauften Sache. — Beginn der Verjährung der Gewährleistungsklage.

Entsch. v. 13. März 1872, Nr. 8291 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Czernowitz v. 19. Oct. 1870, Nr. 17268 und des O. L. G. Lemberg v. 14. März 1871, Nr. 4855). Jur. Bl. 1872, Nr. 22.

A kaufte im December 1868 von B den ungelöschten Kalk in den zwei Kalkgruben des Letzteren, welche nach der Angabe des B drei Klafter tief sein sollten, allein, wie sich bei der Oeffnung der Gruben im Mai 1869 zeigte, eine geringere Tiefe hatten und daher auch viel weniger Kalk enthielten. A schlug die Differenz auf 5184 Kubikschuh Kalk an, berechnete den Schuh mit 21 kr. und belangte im Juli 1869 den B, dem er den Kaufpreis schon behändigt hatte, auf Zahlung des dieser Berechnung entsprechenden Betrages von 1088 fl. 64 kr. Der Beklagte nahm die Klage als eine Gewährleistungsklage und wendete dagegen ein, daß er den Kalk dem Kläger in Pausch und Bogen, nicht nach einem bestimmten Ausmaße verkauft habe (§. 930 a. b. G. B.) und daß, davon abgesehen, das Klagerecht durch den Verlauf, der im §. 933 ibid. bestimmten Zeit von 6 Monaten seit der Uebergabe des Kalkes erloschen sei. Der Kläger replicirte, daß er nicht aus dem Titel der Gewährleistung, sondern nach den §§. 902, 919 und 1323 a. b. G. B. auf Erfüllung des Vertrages, resp. Schadenersatz wegen Nichterfüllung klage und daß die Klage, selbst wenn sie auf Gewährleistung lautete, nicht erloschen war, weil der Abgang des Kalkes erst im Mai 1869 bei der Eröffnung der Gruben sich zeigte. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die Klage aus den folgenden Gründen abgewiesen: Die angestellte Klage ist nicht nach den allgemeinen Bestimmungen der §§. 902, 919 und 1323 a. b. G. B., sondern nach den Grundsätzen der Gewährleistung (§§. 922 — 933 ibid.) zu beurtheilen. Denn die schon nach allgemeinen Regeln (§. 919) vorhandene Haftung des Uebergebers berechtigt, auf dieselben nur dann und soweit zurückzugehen, als die besonderen Vorschriften über seine Verbindlichkeiten nichts Abweichendes enthalten. Nun gibt aber das a. b. G. B. für die Haftungspflicht bei entgeltlichen Verträgen in

den §§. 922 bis 933 besondere, auf die Gewährleistung sich beziehende Normen. Nach der Begriffsbestimmung der Gewährleistung hat dieselbe dann Platz zu greifen, wenn die entgeltlich überlassene Sache die bedungenen oder die gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften nicht besitzt und gemäß §. 932 macht es für die Verfolgung des Gewährleistungsanspruches keinen Unterschied, ob die Mängel, welche die Haftung begründen, Qualitäts- und Quantitätsmängel sind, da nach §. 932 auch die letztere, d. i. „das Fehlende an Maß und Gewicht" die Gewährleistung zur rechtlichen Folge haben. Die Quantitätsmängel würden die Contractsklage nach den allgemeinen Rechtsregeln nur dann rechtfertigen, wenn die versprochene Leistung vertretbare Sachen zum Gegenstand hätte, — welcher Fall hier nicht eintritt, wo dem Kläger die in zwei bestimmten Gruben vorhandene individuell bezeichnete Kalkmenge, also unvertretbare Sachen verkauft worden sind. Wenn aber, wie auseinander gesetzt wurde, die vorliegende Klage einen Gewährleistungsanspruch enthält, so ist derselbe nach §. 933 wegen Verlaufes der sechsmonatlichen Frist durch die Verjährung erloschen, deren Beginn nicht in den Zeitpunkt des Bekanntwerdens der Mängel, sondern in jenen der Uebergabe der Sache zu setzen ist, weil die Bestimmung des §. 1489 (Beginn der Verjährung zur Zeit des Bekanntwerdens des Schadens) als Ausnahme von der im §. 1478 enthaltenen allgemeinen Regel über den Anfang der Verjährung auf andere Fälle nicht angewendet werden darf, nach §. 1478 aber die Verjährung mit der vorhandenen Möglichkeit zu klagen beginnt, welche für den Käufer der Kalkgruben mit der Uebergabe derselben bereits gegeben war, da er sich schon dazumal von deren Rauminhalte überzeugen konnte. Was nun den Zeitpunkt der Uebergabe betrifft, so muß bei dem Umstande, als der Kläger nicht behauptet, viel weniger bewiesen hat, daß für die Erfüllung des Kaufvertrages eine gewisse Zeit festgesetzt worden ist, nach den §§. 904 und 1062 a. b. G. B. angenommen werden, daß die Kalkgruben von dem Beklagten bei dem Vertragsschlusse im December 1868 übergeben wurden. Unter dieser Voraussetzung war der Gewährleistungsausspruch zur Zeit, als der Kläger — Juli 1869 — ihn geltend machte, längst verjährt.

Die erstgerichtliche, in zweiter Instanz mit Bezugnahme auf die vorstehenden Gründe bestätigte Entscheidung wurde gegen die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers auch von dem obersten Gerichtshofe aufrecht erhalten. In den oberstgerichtlichen Motiven wird die Ansicht der Untergerichte, wornach auf den vorliegenden Fall die Normen über die Gewährleistung anzuwenden waren, mit der Bemerkung gebilligt, daß der §. 932 a. b. G. B. in der gesetzlichen Behandlung auch jene Fälle der Gewährleistung gleichstellt, wo der Mangel in dem Quantum der Leistung besteht und nur die Rechtsfolge damit verbindet, daß das an Maß und Gewicht Fehlende nachgetragen werden muß. Die Behauptung des Klägers aber, daß die im §. 933 ibid.

ſtatuirte ſechsmonatliche Friſt erſt von der Zeit an laufe, in welcher dem Käufer der Mangel bekannt geworden iſt, wird damit widerlegt, daß die Friſt des §. 933 keine eigentliche Verjährungsfriſt, ſondern eine Präcluſivfriſt iſt, auf welche daher die Vorſchrift des §. 1489 über die Hemmung des Laufes der Verjährung von Entſchädigungsklagen keine Anwendung findet.

Nr. 4515.

Exceptio non numeratae pecuniae. — Hinzurechnung der vorausabgezogenen Zinſen zu der im Schuldſcheine als empfangen beſtätigten Summe: Berechnung der Zinſen.

Entſch. v. 13. März 1872, Nr. 14803 (Beſt. der Urth. des L. G. Wien v. 8. April 1871, Nr. 8607 und des O. L. G. Wien v. 3. Auguſt 1871, Nr. 12541). Jur. Bl. 1872, Nr. 12.

Auf Grund des Schuldſcheines vom 8. November 1868, in welchem B das von C empfangene Darlehen von baaren 2050 fl. am 12. Auguſt 1870 nebſt den 6% Zinſen vom 8. November 1868 an zurückzuzahlen verſprochen hat, belangte A als Ceſſionar des C den B auf Zahlung der erwähnten Darlehensſumme und Zinſen. Der Beklagte wendete ein und erbot ſich durch den dem Kläger rückſchiebbar aufgetragenen Haupteid zu beweiſen, daß C auf den Schuldſchein ihm nur 1000 fl. baar gegeben und die anderen 1050 fl. als Intereſſen für den Zeitraum vom Tage der Aufnahme bis zum feſtgeſetzten Tage der Zurückzahlung des Darlehens (60% für 21 Monate) berechnet habe. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte nach dem Klagebegehren, jedoch in Betreff der Zinſenforderung mit der Beſchränkung, daß in dem Falle des von dem Beklagten mit dem obigen Haupteide erbrachten Beweiſes der Kläger die angeſprochenen 6% Zinſen für 1000 fl. der verſchriebenen Darlehensſumme nur vom 12. Auguſt 1870 an und für die übrigen 1050 fl. nur vom 9. December 1870 an zu fordern berechtigt iſt. Gründe: Die (obenerwähnte) Einwendung iſt entſcheidend und als Einwendung der nicht zugezählten Darlehensſumme zuläſſig, ſoweit es ſich um den Zinſenanſpruch handelt. Denn daß der Beklagte ſchuldig war, am 12. Auguſt 1870, als dem vertragsmäßigen Verfallstage, die ganze verſchriebene Summe von 2050 fl. zu zahlen, ſelbſt wenn ihm nur 1000 fl. zugezählt und die übrigen 1050 fl. als Intereſſen der 1000 fl. berechnet worden ſind, unterliegt keinem Zweifel, da er in dieſem Falle die 1000 fl. eben angenommen und gegen die Anrechnung der anderen 1050 fl. als Zinſen keine Einſprache erhoben hat (§. 1 des Geſetzes vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 62). Was aber die Zinſen der verſchriebenen Summe anbetrifft, muß zwiſchen dem baar zugezählten und dem als

Zinsen berechneten Betrage unterschieden werden. Für die erstere Summe begann der Zinsenlauf mit dem Tage der Zuzählung, für die letztere mit dem Tage der Klagebehändigung, weil diese aus Zinsen besteht, und Zinsen von eingeklagten Zinsen erst von dem besagten Tage an gefordert werden können (§. 4 lit. b des Gesetzes vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 62). Wenn nun der Beklagte mit dem Haupteide den Beweis zu erbringen vermag, daß von der verschriebenen Summe ihm nur 1000 fl. zugezählt wurden und daß die übrigen 1050 fl. die von den 1000 fl. bis zur Fälligkeit, d. i. bis zum 12. August 1870 berechneten Zinsen sind, so können dem Kläger für die zugezählten 1000 fl. erst von dem 12. August 1870 und für die 1050 fl. erst vom 9. December 1870, als dem Tage der Klagebehändigung, Zinsen und zwar nach §. 2 des Gesetzes vom 14. Juni 1868, Nr. 62, mit 6% zugesprochen werden. Um die Einwendung des Beklagten zu entkräften, führt der Kläger an und erbietet sich mit dem Haupteide zu beweisen, daß der Beklagte mit dem Darleiher C die Darlehenssumme für den Schuldschein vorerst vereinbart, sodann den Schuldschein ausgestellt und dafür die vereinbarte Darlehenssumme von C in Empfang genommen habe. Allein auf diese Behauptung darf bei der Entscheidung des vorliegenden Processes keine Rücksicht genommen werden, weil der Kläger die vereinbarte Summe nicht angab, daher ein in Ziffern bestimmter, und wirklich zugezählter Betrag ihm nicht zugesprochen werden könnte, weil ferner, wenn auch das Gesetz vom 14. Juni 1868, Nr. 62, im §. 5 bei Darlehen die Stipulation der Abstattung einer größeren Summe, als die dargeliehene, erlaubt, es doch nicht zulässig ist, gegen den wahren Sachverhalt, in dem Schuldscheine die zurückzuzahlende höhere Summe als dargeliehen zu bezeichnen (§. 1001 a. b. G. B.), und weil auf die vom Kläger angeführte mündliche Verabredung, da sie mit der Urkunde nicht übereinstimmt, kein Bedacht zu nehmen ist (§. 887 a. b. G. B.). — Das O. L. G. änderte das erstgerichtliche Urtheil darin ab, daß es dem Kläger die 6% Zinsen von den 1050 fl. nicht erst von dem Tage der Klagebehändigung, sondern vom 12. August 1870 an unbedingt zuerkannte, und den zugelassenen Haupteid dem C als Vertretungsleister des Klägers auftrug. — Der Kläger ergriff die q. o. Revisionsbeschwerde, worin er Folgendes geltend machte: Nach dem heutigen Rechte (Gesetz vom 14. Juni 1868, Nr. 62) ist es gestattet, einen Abzug vom Capital zu machen und dabei die Verzinsung der ganzen verschriebenen Summe sich zu bedingen. Dieses Factum allein ist entscheidend und hätte daher in die Eidesformel aufgenommen werden sollen. Wenn C in der That dem Beklagten nur 1000 fl. zugezählt und den Rest der verschriebenen Summe als Interessen für die zugezählten 1000 fl. bis 12. August 1870 abgezogen hat, so durfte er noch immer sich bedingen, daß der Beklagte außerdem die 6% Zinsen von der ganzen Summe von 2050 fl. zu zahlen habe, da man sich,

wie 60%, auch 66% stipuliren kann. Die Formel des sententionirten Eides enthält also gerade das Wesentliche nicht, der zugezählte Betrag ist völlig gleichgiltig.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Beschwerde aus folgenden Gründen: Die Beschwerde des Klägers ist nur gegen die Fassung des Haupteides gerichtet, mit welchem der Beklagte seine Einwendung, daß die Zinsen des eingeklagten Capitals bis zum 12. August durch Einrechnung in dasselbe schon bezahlt seien, zu beweisen sich erboten hat. Allein durch die von dem Revisionswerber verlangte Fassung der Eidesformel würde das Beweisthema mit einem anderen völlig vertauscht und der Kläger, resp. dessen Vertretungsleister C als Delat zur eidlichen Bestätigung der eigenen Behauptung, daß die — ohnehin im Schuldscheine schon als stipulirt erscheinende — 6percentige Verzinsung des verschriebenen Capitals vom Tage des gegebenen Darlehens vereinbart wurde, zugelassen, was offenbar nicht angeht. — Es kann aber auch sonst nicht eine Gesetzwidrigkeit oder Ungerechtigkeit darin gefunden werden, daß die Untergerichte die Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf Interessen bis zum 12. August 1870 von dem sententionirten Haupteide abhängig machten, da der Schuldschein den Beweis der Unrichtigkeit seines Inhaltes nicht ausschließt und dem Kläger für die Zeit bis 12. August nicht wohl noch Zinsen zugesprochen werden können, wenn gegen den Inhalt des Schuldscheines bewiesen wird, daß dem Beklagten ein kleinerer Betrag, als der verschriebene, zugezählt und die hinzugeschlagenen 1050 fl. als Zinsen des zugezählten Betrages bis 12. August 1870 berechnet wurden.

Nr. 4516.

Exceptio non numeratae pecuniae. — Hinzurechnung der vorausgegangenen Zinsen zu der im Schuldscheine als empfangen bestätigten Summe: Berechnung der Zinsen.

Entsch. v. 13. März 1872, Nr. 2248 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 7. August 1871, Nr. 8606 und des O. L. G. Wien vom 29. Nov. 1871, Nr. 17505). Jur. Bl. 1872, Nr. 12.

Auf Grund des Schuldscheines vom 25. October 1868, in welchem B das von C empfangene Darlehen von baaren 1000 fl. sammt 6 % Zinsen am 29. April 1869 zurückzuzahlen versprochen hat, belangte A als Cessionar des C den B auf Zahlung der erwähnten Darlehenssumme und der Zinsen. Der Beklagte wendete ein und erbot sich durch den dem Kläger rückschiebbar aufgetragenen Haupteid zu beweisen, 1. daß C auf den Schuldschein ihm nur 600 fl. baar gegeben und die übrigen 400 fl. als Interessen für den Zeit-

raum vom Tage der Aufnahme bis zum festgesetzten Tage der Zurückzahlung des Darlehens berechnet habe; 2. daß am 17. März 1869 der Termin zur Zurückzahlung des Darlehens bis 12. August 1870 prolongirt und 800 fl. der verschriebenen Summe durch Einrechnung in dem Betrage von 2530 fl. abgestattet wurden, den der Beklagte in einem zweiten, am 17. März 1869 ausgestellten Schuldschein dem C verschrieb. Auf die 1. Einwendung replicirte der Kläger, daß der Beklagte allerdings nicht volle 1000 fl. erhalten habe; er widersprach aber, daß demselben nur 600 fl. zugezählt wurden und erbot sich mit dem Haupteid zu beweisen, daß der Beklagte mit C die Darlehenssumme vorerst vereinbart, sodann den Schuldschein ausgestellt und dafür die vereinbarte Darlehenssumme von dem C in Empfang genommen habe. Gegen die 2. Einwendung bot der Kläger den Beweis durch den Haupteid an, daß die 800 fl. in dem Schuldscheine vom 17. März 1869 nicht zur Abstattung auf die im Schuldschein vom 25. October 1868 ausgedrückte Schuld, sondern nur für die Prolongation des Zahlungstermines der letzteren bis 12. August 1870 verschrieben wurden. — Das Gericht erster Instanz hat den vom Beklagten zum Beweise seiner Einwendungen 1 und 2 aufgetragenen Haupteid zugelassen und erkannt: Wenn der Beklagte 1 und 2 beweist, ist er gänzlich freigesprochen; wenn er weder 1 noch 2 beweist, wird dem Klagebegehren vollständig stattgegeben; wenn der Beklagte nur 1 beweist, hat er 600 fl. nebst 6% Zinsen seit 25. October 1868 zu zahlen; wenn er nur 2 beweist, ist er schuldig, die Summe, welche von 1000 fl. und den 6% Zinsen vom 25. October 1868 bis 17. März 1869 nach Abzug von 800 fl. übrig bleibt, nebst den 6% Zinsen seit 17. März 1869 zu zahlen. Gründe: Gegen die 1. Einwendung des Beklagten führt der Kläger an und erbietet sich mit dem Haupteide zu beweisen, daß der Beklagte mit C die Darlehenssumme für den Schuldschein vorerst vereinbart, sodann den Schuldschein ausgestellt und dafür die vereinbarte Darlehenssumme von C in Empfang genommen habe. Allein diese Behauptung darf bei der Entscheidung des vorliegenden Processes nicht berücksichtigt werden, weil der Kläger die vereinbarte Summe nicht angab, daher ein in Ziffern bestimmter, wirklich zugezählter Betrag ihm nicht zugesprochen werden könnte, weil ferner, wenn auch das Gesetz vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 62, im §. 5 bei Darlehen die Stipulation der Abstattung einer größeren Summe, als die dargeliehene, erlaubt, es doch nicht zulässig ist, gegen den wahren Sachverhalt, in dem Schuldscheine die zurückzuzahlende höhere Summe als dargeliehen zu bezeichnen (§. 1001 a. b. G. B), und weil auf die vom Kläger angeführte mündliche Verabredung, da sie mit der Urkunde nicht übereinstimmt, kein Bedacht zu nehmen ist (§. 887 a. b. G. B.). — Die gegen die 2. Einwendung des Beklagten von dem Kläger vorgebrachte Behauptung steht im Widerspruch mit dem Schuldscheine vom 17. März

1869 und verdient daher nach §. 887 a. b. G. B. ebensowenig eine Berücksichtigung. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. — Der Kläger ergriff die a. o. Revisionsbeschwerde gegen die Zulassung des Haupteides zum Beweise der 1. Einwendung des Beklagten (Zuzählung von nur 600 fl.) und gegen die in dem Urtheile an das Gelingen dieses Beweises geknüpften Rechtsfolgen, indem er Folgendes geltend machte: Seit der Aufhebung der Wuchergesetze kann die exceptio non numeratae pecuniae von dem Schuldner nur mehr darauf gestützt werden, daß er jene Summe nicht erhalten habe, die er sich ausbedungen hatte. In diesem Sinne hat aber der Beklagte die exc. non num. pec. nicht vorgebracht, da er nicht behauptete, mehr als 600 fl. baar sich bedungen und nur gegen Zuzählung des höheren Betrages zur Abstattung der verschriebenen Summe sich verpflichtet zu haben. Nur die 2. Einwendung des Beklagten ist relevant und die Proceßentscheidung von dem Haupteide über die eingewendete Abstattung von 800 fl. in der Art abhängig zu machen, daß dem Kläger der durch diese Abstattung nicht getilgte Theil des verschriebenen Capitals von 1000 fl. nebst Zinsen unbedingt zugesprochen wird.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Revisionsbeschwerde aus folgenden Gründen: In der Zulassung des Beklagten zum Beweise seiner Einwendung, auf den Schuldschein vom 25. October 1868, statt 1000 fl. nur 600 fl. erhalten zu haben, kann eine zur Abänderung gleichförmiger Urtheile berechtigende Gesetzwidrigkeit oder Ungerechtigkeit nicht gefunden werden, nachdem der Kläger seinen Anspruch nicht auf die Hingabe eines Darlehens von nur 600 fl. gegen Abstattung von 1000 fl. nebst 6% Zinsen von dem letzteren Betrage, sondern in Uebereinstimmung mit dem Inhalte des Schuldscheines auf die Zuzählung von 1000 fl. als Darlehen gestützt hat, der Schuldschein den Gegenbeweis, daß der Beklagte nur 600 fl. baar empfangen habe, nicht ausschließt und bei bewiesener Unrichtigkeit des Schuldscheines in Betreff der zugezählten Darlehenssumme, auch die darin versprochene Zurückzahlung und Verzinsung nur für den wirklich zugezählten Betrag gefordert werden kann.

Nr. 4517.

Waaren- und Mobilienpfändung wider den Ehegatten ungeachtet erfolgter Umschreibung des Erwerbsteuerscheines und der Miethzinsquittung auf den Namen der Gattin.

Entsch. v. 13. März 1872, Nr. 2577 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 15. Dec. 1871, Nr. 71524 und des O. L. G. Wien vom 24. Jänner 1872, Nr. 1262). G. Z. 1872, Nr. 36.

Gegen den nicht protokollirten Kaufmann B wurde auf Grund des Contumazurtheiles vom 31. October, intimirt 11. November 1871,

die executive Pfändung der im Verkaufsgewölbe befindlichen Waarenvorräthe und der Mobilien überhaupt bewilligt. Der Amtsdiener relationirte unter Rücklegung des Pfändungsauftrages, daß B am 7. October 1871 sein Handelsgeschäft heimsagte, daß unterm 29. November 1871 der Gewerbeschein an seine Gattin ausgefertigt wurde, letztere auch laut eingesehener Quittung vom 1. November 1871 den Miethzins für die auf ihren Namen geschriebene Wohnung bezahlte; daher als Inhaberin des Geschäftes und der Wohnung, sowie der in diesen Localitäten befindlichen Gegenstände erscheine, wogegen im Besitze des Executen nichts als die nöthige Leibesbekleidung gefunden wurde. Der Executionsführer, hievon verständigt, begehrte neuerlich die Pfändungsvornahme, sich darauf berufend, daß die vorerwähnten Behelfe, welche bezeugen sollen, daß die Frau des B das Geschäft betreibe und die Wohnung habe, erst nach der Ueberreichung der Klage, auf Grund deren die Verurtheilung erfolgte, ausgestellt wurden, daß demnach die Heimsagung des Gewerbes durch den Executen, die Anmeldung desselben Gewerbes durch dessen Gattin und ihre Miethe der früher von B gemietheten Wohnung nur in der Absicht erfolgt sein kann, dem Gläubiger die Deckungsmittel für die eingeklagte Forderung zu entziehen. Weiters wurde geltend gemacht, daß die producirten Urkunden keinen Beweis des Eigenthumsrechtes und noch viel weniger des physischen Besitzes der Ehegattin abgeben können, zumal nach §. 1237 a. b. G. B. zu vermuthen sei, daß der Erwerb vom Manne herrühre. — Beide Untergerichte haben das Begehren abgewiesen, — die erste Instanz mit der Begründung, daß das Geschäft nicht von dem Executen betrieben werde und er auch nicht Besitzer der Wohnung sei; das O. L. G. deshalb, weil die in Execution zu ziehenden Gegenstände nicht im Besitze des Executen angetroffen wurden und die Gattin desselben mit Bedachtnahme auf die von ihr producirten Urkunden sich der Executionsvornahme widersetzte.

In Erwägung, daß die am 7. October 1871 geschehene Zurücklegung des Handelsbefugnisses von Seite des Executen und die laut Gewerbescheines vom 29. November 1871 erfolgte Anmeldung von Seite seiner Ehegattin zum Betriebe eines derlei Handlungsgeschäftes, so wenig als die Miethe des Verschleißlocales auf ihren Namen einen Beleg dafür abgeben, daß die Ehegattin als Besitzerin der im Verschleißlocale befindlichen Waaren sich darstelle; daß auch aus der Miethe der Wohnung nicht folgt, daß die in derselben vorhandenen Sachen im ausschließlichen Besitze der Ehegattin seien, indem nicht vorliegt, daß der Execut mit seiner Ehegattin nicht in gemeinschaftlicher Haushaltung lebe, hat der oberste Gerichtshof verordnet, daß dem Amtsdiener die Vornahme der erwähnten Execution ohne Berücksichtigung der auf obige Umstände gestützten Einsprache der Ehegattin des Executen, jedoch unter Anmerkung derselben aufzutragen sei.

Nr. 4518.

Klage auf Ergänzung der Darlehensſumme oder Condictio indebiti? Berechnung von Zinſen für eine der Hingabe des Darlehens vorausgehende Zeit.

Entſch. v. 14. März 1872, Nr. 11142 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des H. G. Wien v. 10. Februar 1871, Nr. 8257 und des O. L. G. Wien vom 27. Juni 1871, Nr. 9860). Jur. Bl. 1872, Nr. 11. G. H. 1872, S. 149.

Laut der Klage des A gegen die Hypothekarbank B bewilligte ihm die letztere Anfang März 1869 ein Darlehen gegen 6percentige halbjährig voraus zu leiſtende Verzinſung und gegen Beſtellung mehrerer Simultanhypotheken. Am 12. März 1869 unterzeichnete A die Schuld- und Pfandverſchreibung, in welcher ausdrücklich geſagt iſt, daß die Darlehenszinſen bis zum 12. September 1869 bei der Zuzählung des Darlehens in Abzug gebracht wurden. A erhielt das Darlehen nicht ſogleich, ſondern in Raten nach dem Fortſchreiten der Pfandrechtsintabulation in den verſchiedenen Grundbüchern. Bei der Auszahlung der letzten Rate brachte die Bank die Zinſen des Halbjahres 12. März — 12. September von der vollen Darlehensſumme in Abzug, wozu ſie angeblich nicht berechtigt war, da nur die ſucceſſive von den Tagen der Auszahlung der einzelnen Raten laufenden Zinſen in Abzug gebracht werden dürften. Auf Grund dieſes Sachverhaltes fordert der Kläger den auf 5763 fl. ſich belaufenden Betrag der ihm ungerechterweiſe abgezogenen Zinſen zur Ergänzug der vertragsmäßigen Darlehensſumme. Beklagte wendete ein, daß ſeit der Aufhebung der Wuchergeſetze nichts entgegen ſtehe, den Beginn des Zinſenlaufes von einem vor der Zuzählung des Darlehens liegenden Zeitpunkt ab feſtzuſetzen; daß der Kläger bei der Einhebung der einzelnen Darlehensraten in keinem Irrthum geweſen, vielmehr bei Anweiſung einer Rate in dem Briefe der Bank vom 7. Mai 1869 dem Kläger ausdrücklich der 12. März als Anfang des Zinſenlaufes bezeichnet und die Zinſenſumme von dieſem Tage bis 12. September 1869 mit dem Betrage von 27.783 fl. angegeben, zugleich der damals noch ausſtändige Reſt der Darlehensſumme mit Einrechnung dieſes Zinſenbetrages beziffert worden ſei, und daß der Kläger den ſo berechneten Darlehensreſt ohne Einwendung, Vorbehalt oder Bemängelung in Empfang genommen habe. Die Beklagte wies auch darauf hin, daß zwar bei Creditinſtituten die Zuzählung des Darlehens vor dem Nachweiſe der ſtatutenmäßigen pfandrechtlichen Sicherſtellung nicht möglich ſei, daß aber die Anſtalt von dem Augenblicke der Unterzeichnung der Schuldurkunde an die Darlehensſumme für den Anleiher bereit halten müſſe und nicht mehr zu anderen Geſchäften verwenden könne, mithin darin, daß ſie die Verzinſung von dieſem Momente ab für die ganze Summe ſich bedingt, keine Unbilligkeit liege. Außerdem wurde von der Beklagten hervorgehoben, daß die Klage des A nur als eine condictio

indebiti aufgefaßt werden könne, als welche ſie aber der geſetzlichen Vorausſetzungen: Irrthum und Nichtſchuld, entbehre. Der Kläger replicirte, daß die Verzinſung von einem früheren Zeitpunkt an, als jenem der Zuzählung des Darlehens, der Natur und dem Begriffe von Zinſen widerſtreite und daß ſein Anſpruch, weil auf die Ergänzung der Darlehensſumme gerichtet, keine cond. indebiti ſei. Duplicando bemerkte die Beklagte gegen die behauptete Unzuläſſigkeit der Verzinſung von einem früheren Zeitpunkte an, daß dem Kläger die Darlehensſumme ſeit dem Tage der Schuldverſchreibung gegen Beibringung der vertragsmäßigen Sicherheit zur Verfügung ſtand; daß nach der neuen Geſetzgebung (Geſetz vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 62) der Gläubiger Vortheile in den verſchiedenſten Formen ſich zuwenden dürfe; daß es gleichgiltig ſei, ob höhere Zinſen von einem ſpäteren, oder niedrigere Zinſen von einem früheren Zeitpunkt ab bedungen werden; daß die Feſtſetzung des früheren Beginnes des Zinſenlaufes der Erhöhung der Zinſen für einen beſtimmten Zeitraum, mithin einer einmaligen beſonderen Vergütung gleichkomme, welche darin ihren guten Grund hat, daß die Darlehensſumme von dem Augenblick der Errichtung der Schuldurkunde an für den Anleiher bereit gehalten werden müſſe. — Von beiden Untergerichten wurde die Klage des A als condictio indebiti behandelt und wegen Mangels der rechtlichen (§§. 1431 und 1432 a. b. G. B.) Begründung abgewieſen.

A ergriff die a. o. Reviſionsbeſchwerde, welche der oberſte Gerichtshof aus folgenden Gründen verwarf: Die Auffaſſung der Klage als condictio indebiti läßt ſich mit Grund nicht beanſtänden, wenn erwogen wird, daß der eingeklagte Betrag einen Theil der Summe bildet, die unter dem Titel der für das Halbjahr 12. März bis 12. September 1869 berechneten Zinſen des contrahirten Darlehens durch den Abzug von dem Capitale gezahlt wurde. Auch die Anſicht der Untergerichte, daß der Klage die geſetzlichen Bedingungen der condict. indeb. (§§. 1431 und 1432 a. b. G. B.) fehlen, findet ihre Rechtfertigung. Es liegt nicht vor, daß A die Zahlung aus einem Irrthum geleiſtet habe. Er hat vielmehr, ohne die im Briefe der Bank vom 7. Mai 1869 enthaltene Anzeige der vorabgezogenen Zinſen, der Zeit, für welche die Bank dieſe Zinſen berechnete, und der Summe, die ſie als Capitalsreſt noch auszahlen werde, zu bemängeln, die darauf geleiſteten Zahlungen der Bank mit Einſchluß der Reſtzahlung ohne Weiteres angenommen und erſt in der Folge ſich beſtimmt gefunden, die von der Bank angeſtellte Zinſenberechnung für das Halbjahr 12. März bis 12. September zu beanſtänden. — Als offenbar kann der von A behauptete Mangel eines Rechtes auf Seite der Bank in Betreff des ſtreitigen Zinſenbetrages auch nicht bezeichnet werden, wenn man den Inhalt der ausgeſtellten Schuldverſchreibung und das Geſetz vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 62, in Betracht zieht, weil aus der in der Schuldurkunde ent-

haltenen Beſtätigung, daß das Darlehen zugezählt und dabei der Betrag der halbjährigen 6 % Zinſen vorabgezogen worden ſei, zu folgern iſt, daß A ſelbſt zu dem ſogleichen Abzug der Zinſen für das Halbjahr 12. März bis 12. September eingewilligt hat, und weil angeſichts des citirten Geſetzes der Einwand ſich nicht erheben läßt, daß dadurch, daß dieſe Zinſen zum Theile für eine Zeit berechnet wurden, in welcher das Darlehen noch gar nicht, oder nur zum Theil ausgezahlt worden war, dem Darleiher ein unerlaubter Vortheil zugewendet worden ſei.

Nr. 4519.

Jahreslohn eines Gemeindearztes: Triennalverjährung?

Entſch. v. 14. März 1872, Nr. 14242 (Beſt. des das Urth. des K. G. Pilſen v. 13. Juni 1871, Nr. 4784, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 26. Sept. 1871, Nr. 23752). G. H. 1872, S. 145.

Der Klage des Gemeindearztes A pto. Zahlung des vertragsmäßigen Gehaltes oder Lohnes für mehrere Jahre hat die beklagte Gemeinde in Betreff der mehr als drei Jahre alten Rückſtände die Triennalverjährung entgegengeſetzt. — Dieſe in erſter Inſtanz zugelaſſene Einwendung wurde von dem oberſten Gerichtshofe im Einklange mit dem O. L. G. abgewieſen, weil der Jahreslohn des Klägers, als beſtellter Gemeindearzt, unter dem Begriff einer „Abgabe" nicht ſubſumirt werden kann und ebenſo wenig zu den „Zinſen, Renten und Dienſtleiſtungen" gehört, eine Anwendung per analogiam der Anordnung des §. 1480 a. b. G. B. auf andere, dort nicht angeführte Forderungen aber nicht zuläſſig iſt, da der §. 1480 eine Ausnahmsbeſtimmung enthält.

Nr. 4520.

Unvererblichkeit des Rechtes auf Widerruf von Brautgeſchenken.

Entſch. v. 14. März 1872, Nr. 2032 (Beſt. des das Urth. des B. G. Tione v. 6. Nov. 1871, Nr. 4091, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 9. Jänner 1872, Nr. 5036). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 7.

Der Bräutigam M ſtarb, nachdem er ſeiner Braut B mit Rückſicht auf die bevorſtehende Ehe weibliche Putzſachen geſchenkt hatte, und wurde von A beerbt, welcher mittelſt Klage von der B dieſe Gegenſtände oder deren Werth zurückforderte. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Die Ehe des M mit der B iſt in Folge ſeines Todes, alſo ohne ſein Verſchulden unterblieben. Hiermit iſt die im zweiten Satze des §. 1247 a. b. G. B. aufgeſtellte Vorausſetzung des Rechtes zur Widerrufung

der Schenkung gegeben, welches nicht höchſtperſönlich, ſondern nach der allgemeinen Regel vererblich iſt. — Das O. L. G. entſchied auf Abweiſung des Klägers in Erwägung, daß allerdings dem M das Recht des Widerrufes zuſtand, wenn die Ehe ohne ſein Verſchulden unterblieben wäre; daß aber dieſes Recht, weil in blos perſönlichem Verhältniſſe — des M zur B — gegründet, nach §. 531 a. b. G. B. auf deſſen Erben nicht transmittirt werden konnte.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das obergerichtliche Urtheil aus den Gründen desſelben.

Nr. 4521.

Eidesantritt vor Rechtskraft des Urtheils: ſpätere Erneuerung des Geſuches um Abnahme des Eides nach eingetretener Rechtskraft.

Entſch. v. 14. März 1872, Nr. 2561 (Beſt. des das Decr. des B. G. Boskowitz v. 29. Oct. 1871, Nr. 6191, aufheb. Decr. des O. L. G. Brünn vom 13. Dec. 1871, Nr. 15556). Jur. Bl. 1872, Nr. 18.

In dem Proceſſe des A gegen B wurde ein dem B durch das erſtgerichtliche Urtheil aufgetragener Haupteid von ihm angetreten, allein ſeine Eidesantretung vom 5. Februar 1871 auf die von A inzwiſchen ergriffene Appellation verwieſen. Es erging das Urtheil der zweiten Inſtanz, mit welchem das erſtgerichtliche Erkenntniß beſtätigt, jedoch eine neue Friſt zur Antretung des Eides nicht beſtimmt wurde. Am 24. Tage nach der Zuſtellung des obergerichtlichen Urtheils an B begehrte derſelbe mit Berufung auf ſeine obenerwähnte Eidesantretung die Anordnung einer Tagfahrt zur Abnahme des Eides. — Das Gericht erſter Inſtanz behandelte dieſes Geſuch als Eidesantretung und wies dasſelbe als verſpätet zurück. — Von dem O. L. G. wurde dieſer Beſcheid aufgehoben und dem Gerichte die aufrechte Erledigung des Geſuches des B aufgetragen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Verordnung des O. L. G., weil die in den §§. 209 und 224 a. G. O. geforderte Erklärung der Partei über die Annahme des Eides von B mit ſeiner Eidesantretung v. 5. Februar 1871 keinesfalls verſpätet angebracht wurde, eine wiederholte Eidesantretung im Geſetze nicht vorgeſchrieben iſt, ſeine in dem vorliegenden Geſuche geſtellte Bitte um Abnahme des rechtzeitig angetretenen Eides erſt nach der Fällung des obergerichtlichen Urtheiles vorgebracht werden durfte, dieſes Geſuch aber nicht eine an einen beſtimmten Termin gebundene Eidesantretung iſt, ſondern nur die Bitte um Abnahme des ſchon angetretenen Eides nach Beſeitigung des Hinderniſſes der Anordnung der Eidestagfahrt enthält, für welche Bitte die Friſt zur Eidesantretung nicht maßgebend iſt, da das obergerichtliche Urtheil eine neue Friſt für die Antretung des Eides nicht beſtimmt hat.

Nr. 4522.

Verurtheilung des obſiegenden Impetranten zum Erſatze der Koſten des Incidentſtreites über die Zuläſſigkeit von Neuerungen?

Entſch. v. 19. März 1872, Nr. 11001 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Schlan v. 29. Dec. 1870, Nr. 8351 und des O. L. G. Prag v. 22. Mai 1871, Nr. 15078). G. Z. 1872, Nr. 51.

Von beiden Untergerichten wurde dem Kläger A das Anbringen von Neuerungen in der Replik, jedoch mit Verfällung desſelben in den Erſatz der Koſten der desfalls ſtattgefundenen Verhandlung an den Beklagten B, bewilligt. — Das O. L. G. motivirte ſeine Entſcheidung über die Koſten damit, daß der Incidentſtreit von A veranlaßt wurde und B bemüßigt war, in Wahrnehmung ſeiner desfallſigen Rechte und zu ſeiner nöthig befundenen Vertheidigung ſich in die Verhandlung einzulaſſen und Auslagen zu machen, wohingegen dem A allein der Vortheil zugutekommt, daß er in der Lage iſt, in der Hauptverhandlung über weitere Beweismittel zu verfügen.

Die von dem Kläger in dem Koſtenpunkte angefochtenen Entſcheidungen hat der oberſte Gerichtshof dahin abgeändert, daß die Koſten beider Streittheile gegen einander aufgehoben werden. Gründe: Nach §. 398 a. G. O. hat derjenige, welcher in dem abgeführten Rechtsſtreite ſachfällig geworden, dem Gegentheile jedesmal die aufgelaufenen Gerichtskoſten zu vergüten, dafern nicht der Richter aus erheblichen Urſachen dieſelben zwiſchen beiden Theilen aufzuheben findet. Wenn nun im vorliegenden Falle beide Untergerichte die obſiegende Partei in den Erſatz der Streitkoſten des Gegners verfällt haben, ſo widerſtreitet dieſer Ausſpruch der ausdrücklichen Beſtimmung des Geſetzes. Das Patent vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, wornach bei der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand der Wiedereinſetzungswerber jederzeit, mag die Wiedereinſetzung ihm bewilligt oder verſagt werden, die Koſten zu tragen hat, ſtatuirt nur für die Reſtitutionsſtreite wegen verſäumter Fallfriſt eine Ausnahme von der Regel des §. 398 a. G. O. und kann daher auf den gegenwärtigen Fall keine ausdehnende Anwendung finden. In Fällen dieſer Art iſt gemäß Reſolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. y und Hofdcr. vom 27. September 1792, J. G. S. Nr. 53, wie in anderen Streitſachen, durch förmliches Urtheil, welches auch das Erkenntniß über die Koſten des Incidentſtreites zu enthalten hat, zu entſcheiden; und es kann demgemäß der obſiegende Theil niemals in den Erſatz der gegentheiligen Koſten verfällt werden, welche der Gegenpartei nur deshalb erwachſen ſind, weil ſie ſich ohne Grund dem berechtigten Begehren um Bewilligung des Anbringens der Neuerungen widerſetzt hat.

Nr. 4523.

Stillſchweigende Uebergehung des einzigen Notherben? Beweislaſt hinſichtlich des Irrthums des Erblaſſers.

Entſch. v. 19. März 1872, Nr. 12666 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Benatek v. 20. Februar 1871, Nr. 210 und des O. L. G. Prag v. 6. Juni 1871, Nr. 17822). G. Z. 1872, Nr. 57.

Die Klage der am 9. October 1858 geborenen A wider die im Teſtamente des M bedachte B peto. Entkräftung der im Teſtamente enthaltenen Anordnungen mit Ausnahme der frommen Vermächtniſſe war darauf gegründet, daß A als einziges Kind und Notherbin des M von ihm aus Irrthum, weil ihm ihr Daſein unbekannt geblieben, im Teſtamente übergangen wurde (§§. 777 und 778 a. b. G. B.). In ſeinem notariellen Teſtamente vom 20. December 1869 erklärte M, daß er mit ſeiner Gattin C ein einziges Kind, nämlich den Sohn D, der aber vor etwa 14 Jahren geſtorben, erzeugt habe; die anderen Geburten ſeiner Gattin, die ihn ſchon vor etwa 10 Jahren treulos verlaſſen, ſeitdem, ſtets von ihm getrennt, mit andern Männern gelebt und während dieſer Zeit Kinder geboren habe, bezeichnete er als uneheliche und ſchloß dieſe nicht näher bezeichneten Kinder ausdrücklich vom Erbrecht zu ſeinem Nachlaß aus. — Beide Untergerichte haben dem Klagebegehren ſtattgegeben. — Das O. L. G. gründete ſeine Entſcheidung auf die Erwägung, daß die Klägerin noch vor dem Zeitpunkte geboren wurde, ſeit welchem ihre Mutter den M nach deſſen Erklärung im Teſtamente verlaſſen hätte, weshalb die in dem letzteren enthaltene Enterbung auf die Klägerin ſchon nach den natürlichen Denkgeſetzen nicht bezogen werden könne; daß dieſer Umſtand den Beweis gebe, daß M zur Zeit der Teſtamentserrichtung vom Daſein der Klägerin keine Kenntniß hatte und dies die Urſache der ſonach irrthümlichen Uebergehung derſelben geweſen ſei, und zwar um ſo mehr, als M im Teſtamente ſeine Gattin, die ſich gegen ihn nach ſeiner Ueberzeugung auf das ſchwerſte vergangen, nicht blos genannt, ſondern auch mit einem Legat bedacht hat.

Vom oberſten Gerichtshofe wurde die Klägerin aus folgenden Gründen abgewieſen: Der A, welche ihren Anſpruch auf §. 778 a. b. G. B. ſtützt, oblag der Beweis der dort feſtgeſetzten Bedingung, daß dem M bei Errichtung des letzten Willens ihr Daſein unbekannt war und daß ſie von ihm nur aus dieſer Urſache mit Stillſchweigen übergangen wurde. Dieſer proceſſualen Verpflichtung hat die A nicht Genüge geleiſtet, da ſie weder direct einen auf Seite des M eingetretenen Irrthum dargethan, noch ſolche Umſtände angeführt und bewieſen hat, die geeignet wären, die rechtliche Gewißheit dafür zu bieten, daß ihre Uebergehung nur daher rührt, daß dem Erblaſſer ihr Daſein unbekannt war. Aus dem vorliegenden Teſtamente ergibt ſich vielmehr das Gegentheil. Denn . . . . (folgt der oben im Eingang angegebene

Teſtamentsinhalt). Als ein ſolches Kind der C iſt daher mit Rückſicht auf dieſe in keiner Weiſe widerlegte Erklärung des Teſtators auch die am 9. October 1858 geborne A anzuſehen; auch ſie wurde daher von ihm wiſſentlich ausgeſchloſſen. Muß nun dieſelbe, nachdem ihre eheliche Geburt von M oder ſeinen Erben im Sinne der §§. 158 und 159 a. b. G. B. nicht beſtritten worden, gleichwohl als ein eheliches Kind angeſehen werden, ſo kann ſie gemäß §. 775 a. b. G. B. doch nur den Pflichttheil anſprechen, worauf aber in der vorliegenden Klage das Begehren nicht geſtellt wurde. Dieſen Anſpruch geltend zu machen, bleibt ihr ſelbſtverſtändlich unbenommen.

Nr. 4524.

Colliſion zweier Einantwortungsurkunden: Zuweiſung desſelben Grundſtückes an die verſchiedenen Erben zweier Erblaſſer.

Entſch. v. 19. März 1872, Nr. 704 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Neumarkt v. 8. Februar 1871, Nr. 1059 und des O. L. G. Krakau v. 23. Juni 1871, Nr. 20407). G. Z. 1872, Nr. 65.

Die A begehrte in der Klage wider B das Erkenntniß, daß die Grundwirthſchaft X zum Nachlaſſe des N gehöre, daß ihr das Recht zum erblichen Beſitze und zur Benützung dieſer Wirthſchaft zuſtehe und daß B ſchuldig ſei, die Wirthſchaft der Klägerin in den phyſiſchen Beſitz und die Benützung zu übergeben.

Dieſe Klage, welcher von beiden Untergerichten ſtattgegeben worden war, wurde auf die a. o. Reviſionsbeſchwerde von dem oberſten Gerichtshofe abgewieſen, aus folgenden Gründen: „Die Klägerin A und der Geklagte B ſind darüber einig, daß der im Jahre 1827 verſtorbene M die im Streite begriffene Wirthſchaft X nebſt anderen Realitäten bis zu ſeinem Tode beſaß; beide Streittheile leiten ihr Recht von dieſem M her und zwar die Klägerin A vermittelſt ſeines zweitgebornen Sohnes N, als deſſen teſtamentariſche Alleinerbin ſich die Klägerin ausweiſt, der Geklagte B vermittelſt des erſtgebornen Sohnes des M, des Vaters des Geklagten: O, als deſſen anerkannter Erbe ſich auch der Geklagte mittelſt Einantwortungsdecret ausweiſt. Die Klägerin A bekennt nun ſelbſt, daß ihr Vormann und Erblaſſer N die von ihr angeſprochenen Gründe nicht beſeſſen hat, und da als Nachlaß nur Dasjenige anzuſehen iſt, in deſſen Beſitz ſich der Erblaſſer zur Zeit ſeines Todes befunden hat, ſo iſt es aufliegend, daß die Klägerin durch die Einantwortung des N'ſchen Nachlaſſes keineswegs den rechtlichen Beſitz der ſtreitigen Grundſtücke und Gebäude im Sinne des §. 797 a. b. G. B. zuerkannt erhalten konnte. Kraft dieſer Einantwortung tritt Klägerin nur in die Rechte ihres Erblaſſers ein und iſt legitimirt, die ihrem Erblaſſer zuſtehenden Forderungen allenfalls

einzuklagen; sie muß aber die Rechtmäßigkeit solcher Forderungen ebenso nachweisen wie ihr Erblasser sie nachzuweisen gehabt hätte. Einen solchen Beweis, einen solchen Rechtstitel steht die Klägerin in dem nach N erflossenen gerichtlichen Einantwortungsdecrete v. 17. December 1860, weil in diesem Decrete gerade die streitige Realität X dem N. Erblasser der Klägerin, zugewiesen wurde. Allein diesem Rechtstitel der Klägerin hält der Geklagte B das nach seinem Vater O am 15. April 1858 von demselben Gerichte erlassene Einantwortungsdecret entgegen, laut dessen gerade die streitige Liegenschaft X dem Geklagten eingeantwortet wurde. Es stehen sich also hier Rechtstitel von ganz gleicher Stärke gegenüber und gemäß §§. 373 und 374 a. b. G. B. muß dem Geklagten schon kraft des Besitzes der Vorzug eingeräumt und die Klägerin abgewiesen werden. Vergeblich wendet die Klägerin A gegen die nach O erlassene Einantwortung ein, daß sie dem B kein Recht geben könne, weil O das streitige Object nie eigenthümlich besessen habe; denn derselbe Vorwurf und in noch weit größerem Maße trifft die Klägerin selbst, wie schon aus dem Gesagten erhellt, da ihr Erblasser N das Streitobject überhaupt nicht besaß und sie einen stärkeren Rechtstitel, welchen N gegen O hätte geltend machen können, gar nicht anführt. Wird aber erwogen, daß das in der Einrede beigebrachte Einantwortungsdecret nach O vom 15. April 1858 unter den in diesem Streite beigebrachten drei Einantwortungsdecreten das älteste, zuerst erlassene ist, daß dieses Einantwortungsdecret in dem von der Klägerin beigebrachten Einantwortungsdecrete nach N vom 17. December 1860 zur Begründung der Nachfolge des Enkels und jetzigen Geklagten B als Repräsentanten seines Vaters sogar mitbezogen wird, daß in diesem späteren Einantwortungsdecrete Vermögensbestandtheile dem jüngeren Sohne des M zuerkannt wurden, welche mit der früheren Einantwortungsurkunde schon als Nachlaß des älteren Sohnes O anerkannt und seinem Erben eingeantwortet worden waren; daß jeder gesetzliche Anhaltspunkt dafür fehlt, die eine gerichtliche Einantwortung vom Jahre 1858 als rechtsunwirksam, dagegen die spätere im Jahre 1860 von demselben Gerichte erlassene, sich theilweise auf die im Jahre 1858 erlassene Einantwortung stützende Erbseinantwortung als allein zu Recht bestehend anzuerkennen, so kann Klägerin nicht begehren, daß sie dem Geklagten gegenüber im Sinne der §§. 372 und 373 a. b. G. B. als die wahre Eigenthümerin angesehen werde. Die Klägerin konnte selbst nicht nach ihrer eigenen Annahme, daß eine Einantwortung überhaupt einen Rechtstitel auf eine nicht in der Erbschaft wirklich vorhanden gewesene Sache geben könne, die Grundwirthschaft X ansprechen, da laut des Einantwortungsdecretes nach N weder diese Grundwirthschaft selbst noch der Anspruch darauf zur Masse des N gehörte und daher der Klägerin auch nichts zufallen konnte.

Nr. 4525.

Teſtamentariſche Beſtellung eines Verwalters für das geſammte den minderjährigen Kindern von ihrer Mutter hinterlaſſene Vermögen.

Entſch. v. 19. März 1872, Nr. 2317 (Beſt. des Decr. des L. G. Wien vom 28. Nov. 1871, Nr. 66421, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 11. Jänner 1872, Nr. 26285). Jur. Bl. 1872, Nr. 10.

Nach dem Tode der M, die ihre minderjährigen Kinder als Univerſalerben eingeſetzt und den A als Verwalter des Erbvermögens berufen hatte, beſtellte die Abhandlungs- und Pupillarbehörde den Letzteren als Verwalter des ganzen Vermögens. Auf den Recurs des B (Gatte der M und und Vater der eingeſetzten Erben) beſtätigte das O. L. G. den A als Curator der Kinder nur für den ihre Pflichttheile überſteigenden Theil des ererbten Vermögens und verordnete, daß bis zur Ermittlung und Ausſcheidung der Pflichttheile die Verwaltung der Verlaſſenſchaft von A gemeinſchaftlich mit B zu führen ſei. Dieſe Entſcheidung wurde damit begründet, daß die der Mutter nach §. 197 a. b. G. B. zuſtehende Berechtigung, für den ihren Kindern zugedachten Erbtheil mit Ausſchluß des Vaters einen Curator zu beſtellen, nicht auf den Pflichttheil, ſondern nur auf das Uebermaß des Pflichttheils bezogen werden kann, weil nach §. 774 a. b. G. B. der Pflichttheil der Notherben ganz frei bleiben muß und jede denſelben einſchränkende Bedingung oder Belaſtung ungiltig iſt.

In Erwägung, daß das Geſetz (§§. 149 und 197 a. b. G. B.) eine Grenzlinie bis zum Belaufe jenes Maßes, in welchem der Erblaſſer über ſein Vermögen frei verfügen konnte, nicht zieht, daß alſo aus dem Geſichtspunkte einer Beeinträchtigung der väterlichen Gewalt die teſtamentariſche Verfügung der M weder überhaupt noch in Betreff des Pflichttheiles beanſtandet werden kann, weil eben die Schlußworte des §. 149 a. b. G. B. die Anordnung einer ſolchen Ausnahme von der ſonſt dem Vater zukommenden Vermögensverwaltung geſtatten; daß auch der §. 774 ibid. nur jede den Pflichttheil beſchränkende Bedingung oder Belaſtung für ungiltig erklärt, hier aber nicht vorliegt, wie dadurch, daß A an Stelle des ſonſt berufenen Vaters als Vermögenscurator ernannt wird, die minderjährigen Kinder eine Belaſtung, Beſchränkung oder Beeinträchtigung in Betreff der Subſtanz und der Früchte ihrer Pflichttheile erleiden können; daß dem Vater zwar zukommt, über die entſprechende Ausmittlung der Pflichttheile zu wachen, zu dieſem Zwecke der Inventur und Schätzung beizuwohnen und von den Verwaltungsrechnungen bis zur vollzogenen Ausſcheidung der Pflichttheile Einſicht zu nehmen, daß er aber einen Anſpruch auf perſönliche Mitwirkung zu der mit dem Vermögenscurator gemeinſchaftlichen Vermögensverwaltung nicht erheben kann, weil den Kindern von dem Standpunkte des Notherbenrechtes nach dem Hofdcr. v. 31. Jänner

1844, J. G. S. Nr. 781, ein Anſpruch auf verhältnißmäßige Antheile an den Verlaſſenſchaftsgütern nicht zuſteht, dieſelben vielmehr als Notherben nur zu Geldforderungen berechtigt ſind, — hat der oberſte Gerichtshof die erſtgerichtliche Verordnung beſtätigt.

Nr. 4526.

Exiſtenz einer Forderung als Vorausſetzung einer Verbotslegung.

Entſch. v. 19. März 1872, Nr. 2855 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des B. G. Tolmein v. 17. Oct. 1871, Nr. 4594 und des O. L. G. Trieſt vom 14. Dec. 1871, Nr. 6345). G. Z. 1872, Nr. 68.

B hatte im Streite wider A einen Betrag von 170 fl. erſiegt und begehrte nach erwirkter Pfändung und Schätzung die executive Feilbietung der gegneriſchen Liegenſchaften. Zur Hintanhaltung der Veräußerung erlegte A einen Betrag von 323 fl. und bat um die Siſtirung der Execution und zugleich auf Grundlage einer Klage wider B, mit welcher ein außergerichtlicher Vergleich, wodurch während dem Zuge des früheren Proceſſes die gegentheilige Forderung für getilgt erklärt worden ſein ſoll, von ihm geltend gemacht worden war, um das Verbot auf die erlegte Summe. — Das Gericht erſter Inſtanz wies das Verbotsgeſuch zurück und das O. L. G. beſtätigte den erſtrichterlichen Beſcheid, in Erwägung, daß eine Klage, welche erſt im gerichtlichen Wege auszutragen iſt, als eine im Sinne des §. 284 a. G. O. zur Verbotsbewilligung geeignete Urkunde überhaupt nicht angeſehen werden kann; daß die vorliegende Klage insbeſondere auch blos die Erwirkung eines Erkenntniſſes auf Giltigkeit eines Vergleiches und Nichtigkeit der Execution anſtrebt; daß A ſelbſt zugibt, daß in der erwähnten Klage das Begehren auf Zuſpruch eines Forderungsrechtes wider den Beklagten nicht geſtellt wird und er nicht einmal einen beiläufigen Betrag ſeiner behaupteten Forderung gegen den Beklagten anzugeben vermochte; daß alſo beim gänzlichen Mangel der Beſtimmung und Beſcheinigung eines Forderungsrechtes des Klägers A überhaupt auf die angebotene Sicherſtellung kein Bedacht genommen werden kann, indem ein Verbot nach §. 285 der G. O., wenn gar kein Beweismittel für die Forderung beigebracht wird, nicht zu bewilligen iſt.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den a. o. Reviſionsrecurs des A mit der Begründung, daß nach den §§. 283 und 284 a. G. O. die fahrenden Güter des Schuldners nur wegen einer Forderung mit Verbot belegt werden können, eine ſolche aber der Verbotswerber in ſeinem Geſuche nicht nachgewieſen hat, da weder aus der beigelegten Klage, noch aus dem darin bezogenen Vergleiche eine Forderung erhellet.

Nr. 4527.

Verhältniß des Pächters eines zwangsweiſe veräußerten Grundſtückes zum Erſteher desſelben.

Entſch. v. 20. März 1872, Nr. 13046 (Beſt. des das Urth. des B. G. Chrudim v. 12. März 1871, Nr. 2430, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 1. Auguſt 1871, Nr. 19823). G. H. 1872, S. 289.

A, welcher im Jahre 1869 die Grundwirthſchaft des C bei der executiven Verſteigerung erſtanden hatte und von dem Gerichte in deren Beſitz eingeführt worden war, belangte den B auf Schadenerſatz, weil dieſer im beſagten Jahre den Weizen eines zur Grundwirthſchaft gehörenden Feldes geerntet hatte. B wendete ein, das Feld von dem Vormanne C vor Jahren auf unbeſtimmte Zeit gepachtet, als Pächter benutzt und im Jahre 1869 beſäet zu haben, mithin zur Ernte berechtigt geweſen zu ſein, zumal der Kläger ihm den Pacht nach §. 1120 a. b. G. B. nicht gekündigt hat. — In erſter Inſtanz wurde dem Klagebegehren ohne Rückſicht auf dieſe Einwendung ſtattgegeben, wogegen das O. L. G. für den Fall, daß B durch den dem A deferirten Haupteid beweiſt, das Feld von C gepachtet und 1869 bebaut zu haben, den Beklagten freiſprach.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz. Gründe: Selbſt die nothwendige gerichtliche Veräußerung der Beſtandſache begründet an ſich nicht ſchon die Auflöſung des Beſtandvertrages und der neue Erwerber kann nach den §§. 1120 u. 1121 a. b. G. B. zwar den Beſtandnehmer von der Sache entfernen, iſt aber nicht berechtigt, ihn ſogleich zur Zurückſtellung derſelben anzuhalten, da ihm das Geſetz nur die Befugniß einräumt, das Beſtandverhältniß ohne Rückſichtnahme auf den zwiſchen ihm und dem Beſtandgeber beſtehenden Vertrag „gehörig“, d. i. mit der Beobachtung der geſetzlichen Friſt aufzukündigen. Wenn daher der Beweis, daß B das Weizenfeld von dem Vormanne des Klägers ſchon in Beſtand hatte, als der Letztere dasſelbe bei der Verſteigerung erwarb, durch den Haupteid hergeſtellt wird, ſo kann, da der Nachweis, das A nach der Erwerbung den Willen, das Feld in eigene Benützung zu übernehmen, dem B nach §. 1120 a. b. G. B. ſofort bekannt gegeben und ihn zur Reſtitution aufgefordert habe, von A nicht erbracht wurde, vielmehr A dem B die Weizenernte von dem durch ihn angebauten Felde wegführen ließ, dem B, der hiebei nur von ſeinem Beſtandrechte Gebrauch gemacht und dem A durch Verſchulden keinen Schaden zugefügt hat, in Hinblick auf die Beſtimmungen der §§. 330 und 1305 a. b. G. B. die Leiſtung eines Erſatzes an den Kläger für die bezogene Fechſung, nicht auferlegt werden.

Nr. 4528.

Schuldübernahme: Befreiung des urſprünglichen Schuldners.

Entſch. v. 20. März 1872, Nr. 13436 (Beſt. des Urth. des B. G. Alt- und Neuſtadt Prag v. 30. Juni 1871, Nr. 24612, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 29. Auguſt 1871, Nr. 27712). G. Z. 1872, Nr. 46.

Gegen die Klage der A auf Zahlung von 18 fl., d. i. des nach einer Abſchlagszahlung von 40 fl. verbliebenen Reſtes eines der Beklagten B gegebenen Darlehens von 58 fl., wurde von der letzteren die Befreiung von der Schuld durch Expromiſſion mit der Anführung eingewendet, daß die C (Mutter der Beklagten), als dieſelbe der A für die B die vorerwähnte Abzahlung von 40 fl. überbrachte, für eigene Rechnung von der A ein Darlehen von 100 fl. mit der von der A verlangten Einrechnung des obigen Schuldreſtes der Beklagten von 18 fl. aufgenommen und hiemit die Zahlung dieſer 18 fl. übernommen habe. Die Klägerin A replicirte, daß ſie das neue Darlehen der C für die Beklagte, in deren Namen die C es verlangt hätte, gegeben habe, wogegen die Beklagte einwendete, daß die C dazu von ihr nicht bevollmächtigt geweſen ſei. — Das in erſter Inſtanz abgewieſene Klagebegehren wurde in zweiter Inſtanz aus folgenden Gründen zugelaſſen: Nach dem §. 1345 a. b. G. B. iſt die Expromiſſion ein Neuerungsvertrag, worauf die Normen der §§. 1400—1410 a. b. G. B. über die Aſſignation Anwendung haben. Ohne die dreifache Einwilligung — des Gläubigers, Schuldners und Zahlers — iſt aber die Aſſignation unvollſtändig und nur für diejenigen Theile wirkſam, die mit einander einverſtanden ſind (§§. 1400—1402). Da nun die Beklagte widerſprochen und die Klägerin nicht bewieſen hat, daß die C bei Aufnahme des Darlehens von 100 fl. und Einrechnung der 18 fl. in ihrem, der Beklagten, Namen und Vollmacht handelte, ſo kam nach §. 1402 a. b. G. B. nur zwiſchen der Klägerin und der C ein neues Rechtsverhältniß zu Stande und blieb das Rechtsverhältniß zwiſchen der Klägerin und der Beklagten und daher auch die Verbindlichkeit der Letzteren aufrecht.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der erſten Inſtanz. Gründe: In dem Proceß kommt nicht vor, daß die B die Zahlung der 18 fl. einem Dritten als ihrem Schuldner aufgetragen hat; es kann daher von einer Aſſignation keine Rede ſein. Nach den Anführungen und Zugeſtändniſſen der Parteien hat die Mutter der B, als ſie der A die Abſchlagszahlung von 40 fl. überbrachte, die Letztere um ein weiteres Darlehen von 100 fl. angegangen, das die A gegen die obenerwähnte Einrechnung der 18 fl. und die Zurückbehaltung von 2 fl. als Entſchädigung gewährte und im Betrage von 80 fl. ihr zuzählte. Dadurch wurde aber die frühere Darlehensſchuld vollſtändig getilgt und die A kann auf dieſelbe nichts mehr fordern, indem es gerade ſo viel war, als wenn ſie erſt der C das neue

Darlehen von 100 fl. baar zugezählt und ſodann von ihr 18 fl. auf das frühere Darlehen zurückempfangen hätte. Ob die C hiebei im eigenen Namen oder in jenem der B handelte, iſt gleichgiltig, weil jedenfalls die Zahlung der reſtlichen 18 fl. der A von ihr geleiſtet wurde (§. 1412 a. b. G. B.), ſei es im Sinne des §. 1423 a. b. G. B. oder als Geſchäftsführerin ohne Auftrag der B.

Nr. 4529.

Auslegung eines Teſtamentes: Erbeinſetzung der Tochterkinder.

Entſch. v. 20. März 1872, Nr. 15326 (Beſt. des Urth. des L. G. Wien v. 30. Dec. 1870, Nr. 70874, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 5. Juli 1871, Nr. 11078). G. Z. 1872, Nr. 34.

In dem Teſtamente des M fand ſich folgende Anordnung: Ich ernenne zu meinen Erben meine Kinder Karoline C, Johanna D und die Kinder meiner Tochter Antonie B. Mein Nachlaß ſoll unter dieſe meine Erben zu gleichen Theilen dergeſtalt vertheilt werden, daß die Kinder der Antonie B mit jedem meiner genannten übrigen Kinder einen gleichen Erbtheil zugewieſen erhalten. Nach Errichtung dieſes Teſtamentes wurde Antonie B von ihrem Ehegatten gerichtlich geſchieden und ſie brachte ſpäterhin, jedoch noch mehrere Jahre vor dem Tode des Erblaſſers, zwei außereheliche Kinder zur Welt. Den auf ihre Kinder entfallenden dritten Theil des Nachlaſſes nahm der geſchiedene Ehegatte Anton B vollſtändig für die eheliche Descendenz in Anſpruch. A, als Vormund der beiden unehelichen Kinder, überreichte die Erbserklärung für dieſe letzteren und belangte den Anton B wegen Anerkennung des Erb-, reſp. Miterbrechtes der beiden unehelichen Kinder an dem M'ſchen Nachlaſſe. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte gegen das Begehren aus folgenden Gründen: Es ſteht außer Zweifel, daß der Erblaſſer bei Errichtung des Teſtamentes die außerehelich geborenen Kinder der Antonie B nicht im Auge haben konnte, weil ſie damals noch nicht von ihrem Gatten geſchieden war und noch keine unehelichen Kinder hatte. Aber auch die Annahme, daß er eine allenfalls erſt ſpäter zum Vorſchein kommende illegitime Descendenz als Miterben berufen wollte, iſt nicht zuläſſig, da er *nur* die ehelichen Nachkömmlinge ſeiner Tochter Antonie B bedenken wollte, wie dies aus den nachfolgenden Teſtamentsbeſtimmungen ſich ergibt. Im dritten Teſtamentsabſatze rechtfertigt nämlich der Erblaſſer ſeine Anordnung damit, daß bei den ihm bekannten Vermögensverhältniſſen ſeiner Tochter Antonie zu beſorgen iſt, das ihr zufallende Vermögen könne in Verfall gerathen und für die Dauer weder ihr noch ihren Kindern zuſtattenkommen. Der Erblaſſer verfügt weiter, daß für den Fall, als genannte Tochter ſeine Anordnung beſtreiten ſollte, ſie nur

den Pflichttheil zu erhalten hätte, während die Verwaltung des Restes des Erbtheiles einem für die Kinder zu bestellenden Curator zu überlassen wäre. Erwägt man, daß der Erblasser seine Tochter Antonie mit dem Namen ihres Ehegatten und die Kinder als „Antonie B'sche Kinder" bezeichnete, daß er seine Verfügung mit dem Familienverhältnisse dieser Tochter und mit der deshalb nöthigen Fürsorge für ihre Kinder begründete; daß der Erblasser endlich bei der unter Beistand eines Rechtskundigen erfolgten Testamentserrichtung die eventuelle Bestellung eines Curators für die Kinder verlangte, während uneheliche Kinder jedenfalls durch einen Vormund zu vertreten sind, so gewinnt man die Ueberzeugung, daß er nur seine eheliche Descendenz bedenken wollte. Diese Auslegung entspricht auch den gewöhnlichen Rechtsbegriffen und es liegt gar kein Grund vor, der annehmen ließe, der Erblasser hätte bei Errichtug seines Testamentes auch des Falles gedacht, daß seine Tochter auch uneheliche Kinder haben werde. Ist aber die Meinung des Erblassers so klar erkennbar, so hätte es einer späteren Abänderung der Erbseinsetzung zu Gunsten der unehelichen Kinder bedurft, falls sie ein Miterbrecht erlangen sollten. Der Umstand, daß M seine Tochter Antonie ungeachtet ihres Lebenswandels nach der Scheidung, sowie auch die unehelichen Kinder gut behandelte, konnte an der Sachlage nichts ändern, da der letzte Wille eine den Letzteren günstige Auslegung nicht zuläßt. — Das O. L. G. entschied nach dem Klagebegehren. Gründe: Der Erblasser hat in seinem Testamente die Kinder seiner Tochter Antonie zu $^1/_3$ als Erben berufen, ohne diese Kinder näher zu bezeichnen, oder die bei Errichtung des Testamentes bereits vorhandenen Kinder derselben zu benennen; er hat also nicht unterschieden, ob sie von ehelicher oder unehelicher Geburt sind. Auch hat der Erblasser diese allgemeine Bezeichnung der zu $^1/_3$ als Erben seines Nachlasses berufenen Kinder seiner Tochter Antonie nicht geändert, nachdem letztere die durch den Kläger vertretenen Kinder außerehelich geboren hatte, ungeachtet ihm, wie zugegeben ist, deren Existenz wohl bekannt war. Es mag allerdings richtig sein, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Testamentes eben nur die ehelichen Kinder seiner Tochter gemeint habe; allein da er während der langen Zeit von der Geburt der ehelichen Kinder bis zu seinem Tode diesen seinen letzten Willen, nach welchem er die Kinder der Antonie B zu Miterben berief, nicht änderte, sondern die so geartete Erbseinsetzung fortbestehen ließ, und da die beiden, wenn auch unehelichen Kinder doch jedenfalls Kinder seiner Tochter Antonia B sind, so müssen dieselben als miterbberechtigt um so mehr anerkannt werden, als das Gesetz der Mutter gegenüber die ehelichen und unehelichen Kinder als gleichberechtigt anerkannt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: Für die Auslegung einer letztwilligen Erklärung ist wohl zunächst entscheidend, wie der Erblasser die einer verschie-

denen Auslegung unterliegende Bestimmung damals als er sie machte, verstanden habe, in welcher Beziehung natürlich nur Umstände, welche schon damals als bestehend oder eventuell eintretend erkennbar waren, maßgebend sein können. Der Wortlaut des Testamentes schließt nun wohl uneheliche Kinder der Tochter des Erblassers nicht aus und es entzog sich auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung, obwohl Antonie B damals schon verheiratet war, die Eventualität, daß sie uneheliche Kinder bekomme, nicht aller Berechnung. Allein wenn erwogen wird, daß ein unsittliches Verhältniß mit seinen Folgen nicht zu vermuthen ist; daß uneheliche Kinder nach §. 165 a. b. G. B. von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen sind; daß den unehelichen Kindern einer Tochter nach §. 754 a. b. G. B. gar kein gesetzlicher Erbanspruch auf den Nachlaß des Großvaters zusteht, daß hienach eine Beschränkung der Tochter zu Gunsten ihrer Kinder um so mehr als auf der Voraussetzung der Legitimität derselben beruhend anzusehen ist, wenn nach den obwaltenden Umständen der Erblasser nicht wohl eine andere als eheliche Nachkommenschaft im Auge haben konnte; daß auch die weiteren Verfügungen des Testamentes mit der Annahme, daß der Erblasser den zur Existenz kommenden, aber von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossenen Descendenten einen Erbtheil zuwenden wollte, nicht gut sich vereinigen lassen, so muß wohl angenommen werden, daß M, welcher sich bei der Bestimmung der Erben offenbar an die gesetzliche Erbfolge hielt, unter den zu Miterben seines Nachlasses eingesetzten Kindern der Antonie B nur eheliche Kinder verstand. Ist aber die Erbseinsetzung so zu verstehen und wurde sie von dem Erblasser so verstanden, so kann daraus, daß er, ungeachtet Antonie B später uneheliche Kinder bekam und daß ihm dies bekannt wurde, keine andere Bestimmung traf, zu Gunsten dieser Kinder nichts gefolgert werden, da sie ja ohnehin ausgeschlossen waren, und es vielmehr zur Ausdehnung der Erbseinsetzung auf sie einer neuen und ausdrücklichen Anordnung bedurft hätte.

Nr. 4530.

Haftung der Gastwirthe für übernommene Sachen von Reisenden.

Entsch. v. 20. März 1872, Nr. 698 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Landstraße in Wien v. 15. April 1871, Nr. 3562 und des O. L. G. Wien v. 19. Oct. 1871, Nr. 15724). G. Z. 1872, Nr. 35. G. H. 1872, S. 140.

Die A bezog in einem größeren Gasthofe Wiens ein Zimmer im zweiten Stockwerke. Eines Tages ging sie nach Tisch, wie gewöhnlich aus, nachdem sie das Zimmer ordentlich abgesperrt und den

Schlüſſel dem Portier übergeben hatte. Sie hatte im Zimmer in einer Reiſetaſche und einem Koffer, die beide gleichfalls verſperrt waren, 100 Reichsthaler, 30 fl. öſterr. Banknoten und Pretioſen im Werthe von 211 fl. Bei ihrer Rückkehr fand ſie zwar das Zimmer verſperrt, Taſche und Koffer waren aber gewaltſam erbrochen und Barſchaft und Pretioſen entwendet. Der Thäter blieb ungeachtet der Bemühungen der gerichtlichen Polizei und Strafbehörde unbekannt. — Aus den nachſtehenden, im Weſentlichen gleichartigen Gründen haben beide unteren Inſtanzen den Hôtelier B zum Erſatze der entwendeten Sachen gegen die von der Klägerin durch Eide herzuſtellenden Beweiſe der gewaltſamen Erbrechung des Koffers, der Aufreißung ihrer Taſche, des entdeckten Abganges von Barſchaft und Effecten und über den Werth der letzteren verurtheilt. Der Hôtelier hat den Mangel der körperlichen Uebergabe, den Zufall und die unterlaſſene Einſperrung der Sachen in der Commode und dem Stehkaſten eingewendet. Allein der Begriff „Uebergabe" iſt, wie ſich aus der Vergleichung der §§. 426, 452, 481, 797, 958 u. A. des a. b. G. B. ergibt, keineswegs überall ein und derſelbe. Daher iſt keine zwingende Nothwendigkeit vorhanden, ihn auf den kleinſten Umfang einzuſchränken. Nach §. 970 a. b. G. B. haftet der Gaſtwirth gleich einem Verwahrer. Nun wird bei Aufnahme der Reiſenden zwiſchen dieſen und dem Wirthe in der Regel kein ausdrücklicher Verwahrungsvertrag geſchloſſen, ſondern dieſer vollzieht ſich ſtillſchweigend durch die Aufnahme der Effecten der Reiſenden. Die Uebernahme iſt daher im weiteren Umfange und etwa gleichbedeutend mit Empfangnahme aufzufaſſen. Der Verkehr der Reiſenden wäre ja nachgerade unmöglich, wenn er an das Depoſitenamt eines Gaſthofes gefeſſelt wäre. Bei der Nothwendigkeit einer körperlichen Uebergabe wäre für den Wirth nichts leichter als das Geſetz, das ſeine Haftung normirt, in jedem Falle zu umgehen. Hier tritt noch hinzu, daß der Zimmerſchlüſſel dem Portier übergeben worden iſt, von dem jeder Paſſagier mindeſtens alle Aufmerkſamkeit auf die im Gaſthofe ab- und zugehenden Perſonen zu erwarten berechtigt ſein muß. Der Hôtelier hat alſo durch die Aufnahme der Reiſenden eine vertragsmäßige Verbindlichkeit übernommen. Er hat jedoch den ihm nach den §§. 966 und 1298 des a. b. G. B. obliegenden Beweis nicht geliefert, daß der Schaden der beherbergten Reiſenden ohne ſein oder ſeiner Bedienſteten Verſchulden erfolgt ſei. Er haftet daher gemäß der §§. 970 und 1316 a. b. G. B. für dieſen Schaden. Unter Zufall iſt hier offenbar eine höhere Gewalt (vis major), eine höhere, durch menſchliche Kräfte unabwendbare Gefahr zu verſtehen. Daß hierunter der Diebſtahl nicht begriffen iſt, ergibt ſich aus §. 966 des a. b. G. B., welcher eben vorausſetzt, daß ein Schloß erbrochen, ein Siegel verletzt worden ſei. Endlich gibt der Geklagte ſelbſt zu, daß die Klägerin den Koffer nicht in den Kaſten einſperren konnte. Aus der Taſche, meint der Geklagte, hätte die Klägerin die Werthſachen

herausnehmen und in den Kasten versperren sollen. Allein da letztere ohnedies bereits unter doppeltem Verschlusse waren, so ist kein Verpflichtungsgrund der Klägerin abzusehen, einen dreifachen, oder unbegrenzt vielfachen Verschluß anzulegen, um sich ihr Ersatzrecht zu erhalten.

Der oberste Gerichtshof verwarf die außerordentliche Revisionsbeschwerde des Geklagten, weil die Effecten, welche die Klägerin in das, im Gasthofe des Geklagten bezogene Zimmer, das mittelst des von der Klägerin bei ihrem Weggehen zurückgelassenen und dem Portier des Gasthofes übergebenen Zimmerschlüssels, sowie mittelst des, nach dem Zugeständnisse des Geklagten in Handen eines Gasthof-Stubenmädchens befindlichen Nebenschlüssels den Hausleuten zugänglich war, eingebracht hatte, als vermöge einer stillschweigenden Uebereinkunft dem Geklagten, beziehentlich seinen Dienstleuten zur Aufbewahrung anvertraut angesehen werden müssen; weil die Möglichkeit des Eindringens einer fremden Person in das versperrte Zimmer nur bei einer nicht gehörigen Verwahrung der Schlüssel oder bei einer nicht gehörigen Versicherung etwa im Inneren des Zimmers bestehender Verbindungen mit Nebenlocalitäten oder bei einer mangelhaften Beaufsichtigung der Gastlocalitäten, von welchen das Zimmer von außen zugänglich ist, angenommen werden kann und hienach darin, daß die beiden Untergerichte unter Voraussetzung der von der Klägerin herzustellenden obbesagten Beweise den Geklagten in Anwendung des §. 970 a. b. G. B. hinsichtlich des der Klägerin hiedurch zugegangenen Schadens für ersatzpflichtig erkannt haben, eine im Simme des Hofdcr. vom 15. Februar 1833, Nr. 2593 der J. G. S., zur Abänderung der gleichlautenden Urtheile berechtigende Ungerechtigkeit oder unrichtige Auslegung oder Anwendung des Gesetzes nicht erkannt werden konnte.

Nr. 4531.

Verbot: Bescheinigung der Forderung durch ein bedingtes Urtheil?

Entsch. v. 20. März 1872, Nr. 2464 (Best. des das Decr. des B. G. Wodnian v. 18. Dec. 1871, Nr. 7500, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 9. Jänner 1872, Nr. 583). G. Z. 1872, Nr. 75.

Das Gesuch des A gegen B um Ertheilung des gerichtlichen Verbotes auf Forderungen des B wurde vom obersten Gerichtshofe abgewiesen, weil das dem Verbotsgesuche beigelegte richterliche Urtheil nur beurkundet, daß dem Verbotswerber die darin bezeichneten Forderungen gegen B dann zustehen, wenn zwei Schätzungseide und ein affirmativer Haupteid abgelegt werden sollten, darüber jedoch, daß diese Bedingungen insgesammt oder einzeln — so weit es Theilbeträge betrifft — bereits eingetreten sind, weder ein Beweis noch ein

Beſcheinigungsmittel beigebracht wurde und dieſer Mangel durch das Angebot des Geſuchſtellers, Sicherheit in Barem zu leiſten, nicht behoben erſcheint, da nach dem Zuſammenhange der §§. 284 und 285 a. G. O. ſelbſt bei angebotener Caution zur Verbotsbewilligung eine urkundliche Beſcheinigung des Forderungsrechtes nöthig iſt.

Nr. 4532.

Art der Zwangsvollſtreckung der Verurtheilung zur Wiederherſtellung eines Feldraines.

Entſch. v. 20. März 1872, Nr. 2719 (Beſt. des das Decr. des B. G. Eule v. 1. Dec. 1871, Nr. 7280, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 9. Jänner 1872, Nr. 98). G. H. 1872, S. 185.

In Folge der Beſitzſtörungsklage des A war dem Beklagten B die Herſtellung eines — von ihm abgeackerten — Feldrains aufgetragen worden, welche B wiederholt zu bewirken verſuchte, allein niemals zur Zufriedenheit des A zu Stande brachte. A brachte nun ein neues Executionsgeſuch an und begehrte, daß dem B die Herſtellung unter Androhung einer Geldſtrafe auferlegt werde. — Dieſes in erſter Inſtanz bewilligte Geſuch wurde von dem O. L. G. abgewieſen, weil dem B in der Entſcheidung in possessorio summariissimo die Herſtellung des geſtörten Beſitzes nicht bei Geldſtrafe, ſondern unter der Sanction der Execution aufgetragen worden war; und weil es ſich hier um eine Arbeit handelt, die auch ein Dritter verrichten kann, daher es nicht zuläſſig iſt, daß der Kläger mit Uebergehung der für einen ſolchen Fall im §. 309 a. G. O. beſtimmten Executionsart, die im §. 310 ibid. für einen anderen Fall feſtgeſetzte Execution fordere.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Verordnung der zweiten Inſtanz, mit der Bemerkung, daß die Execution nach §. 309 a. G. O. in dem vorliegenden Falle die geſetzlich zuläſſige und zugleich diejenige Executionsart iſt, welche die Durchſetzung des Rechtsanſpruches des A am beſten fördert, nachdem B durch ſeine wiederholten Arbeiten zur Herſtellung des Feldrains den A nicht befriedigt hat, welcher daher die Arbeit von einem Dritten in einer ihn klaglos ſtellenden Weiſe beſorgen und ſeine Auslagen von dem B ſich erſetzen laſſen mag.

Nr. 4533.

Unzuläſſigkeit der Erſtreckung einer Proceßfriſt aus dem Grunde der begehrten Vertretungsleiſtung.

Entſch. v. 20. März 1872, Nr. 2882 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 19. Dec. 1871, Nr. 151381 und des O. L. G. Wien v. 24. Jänner 1872, Nr. 1139). G. H. 1872, S. 234.

In dem Proceſſe des A wider B peto. Zahlung eines Frachtlohnes wurde von dem Beklagten, der wiederholt Friſten zur Beantwortung der Klage erwirkt hatte, mit Berufung auf den von ihm gegen C wegen Vertretungsleiſtung eingeleiteten Proceß, eine neue Friſt nachgeſucht, gegen deren Bewilligung der Kläger proteſtirte, weil unter allen möglichen Gründen für ein Friſtgeſuch, gerade der von B angeführte (des ſchwebenden Vertretungsproceſſes) geſetzlich ausgeſchloſſen ſei. — Von beiden Untergerichten wurde die Friſt — in kleinerem Ausmaße, als das begehrte — bewilligt; das O. L. G. berief ſich hiebei auf das Hofdcr. v. 8. Februar 1809, J. G. S. Nr. 882.

Der oberſte Gerichtshof hat das Friſtgeſuch vollſtändig abgewieſen mit der Motivirung, daß nach dem citirten Hofdecrete nur wegen der ausſtehenden Erklärung des um die Vertretung Angegangenen, ob er die Vertretung leiſten wolle oder nicht, ein Aufſchub in dem Hauptproceſſe zuläſſig iſt, welcher Fall aber hier nicht eintritt, da bereits vor dem Anbringen des Friſtgeſuches von B die Klage um Vertretung angeſtellt und darüber das Verfahren eingeleitet worden iſt.

Nr. 4534.

Pfändung einer cedirten Forderung durch einen Gläubiger des Cedenten vor erfolgter Notification der Ceſſion.

Entſch. v. 21. März 1872, Nr. 11861 (Beſt. des das Urth. des L. G. Krakau v. 5. Sept. 1870, Nr. 13690, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 26. April 1871, Nr. 6466). G. Z. 1873, Nr. 90.

Im Jahre 1865 cedirte C mündlich ſeine im Jahre 1861 gegen die Gemeinde D eingeklagte Forderung von 5132 fl. dem A. In demſelben Jahre 1865 erwirkte B, Gläubiger des C, auf dieſe Forderung das gerichtliche Verbot. Am 24. Jänner 1867 wurde die oben erwähnte Ceſſion des C an A ſchriftlich gemacht und der Gemeinde D und dem B am 28. April 1868 notificirt, nachdem B inzwiſchen, am 12. Auguſt 1867, noch gegen C an der Forderung, deren mündliche Abtretung an A weder ihm noch der Gemeinde bekannt gegeben worden war, das executive Pfandrecht erwirkt hatte. Nun belangte A den B 1. auf Anerkennung ſeines Eigenthumsrechtes an

der Forderung von 5132 fl. und 2. auf Aufhebung des von B darauf erwirkten Verbotes und executiven Pfandrechtes. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde das Klagebegehren abgewiesen.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz erkannte der oberste Gerichtshof ad 1 nach dem Begehren, ad 2 gegen dasselbe. Gründe: Nach den §§. 427 und 1393 a. b. G. B. unterliegt es keinem Zweifel, daß zur Uebertragung des Eigenthumes einer abgetretenen Forderung eine Uebergabe und zwar auf eine der im §. 427 a. b. G. B. bezeichneten Arten an den Cessionar nothwendig ist. Beide Paragraphe fordern, daß der Cessionar oder Erwerber sein Eigenthum darthun und beweisen müsse, damit die Cession oder Uebergabe auch dritten Personen gegenüber wirksam werde. Bis zu der mit dem gerichtlichen Bescheide vom 28. April 1868 erfolgten Verständigung der Betheiligten von der Cession konnte dieselbe nur zwischen dem Cedenten und Cessionar eine Verbindlichkeit begründen, nach Außen hin sowie im Verhältniß der Rechtssache des C gegen die Gemeinde D blieb C der Besitzer der Forderung und es ist die Sache nicht anders anzusehen, als wie wenn der Cessionar dem C die cedirten Forderungen anvertraut hätte (§. 367 a. b. G. B.) Unter diesen Umständen konnte B auf die wenngleich dem C nicht mehr gehörige Forderung gegen die Gemeinde gemäß §§. 367 und 456 a. b. G. B. das Pfandrecht giltig erwerben und es ist ganz einerlei, ob C selbst dem B das Pfandrecht einräumte oder ob der Executionsrichter es demselben in Vertretung des C bewilligte und C diese Executivmaßregeln rechtskräftig werden ließ, ohne dem B oder dem Gerichte anzuzeigen, daß das Pfandstück nicht mehr sein Eigenthum ist.

Nr. 4535.

Vorauszahlung des Pachtzinses für ein zu einer geistlichen Pfründe gehöriges Grundstück: Tod des Beneficiaten.

Entsch. v. 21. März 1872, Nr. 14812 (Best. des Urth. des B. G. Halicz v. 24. Mai 1871, Nr. 1249, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg vom 6. Sept. 1871, Nr. 22225). Jur. Bl. 1872, Nr. 8.

Der Pfarrer M hatte die Hutweiden seiner Pfründe dem B auf ein Jahr — Anfang bis Ende 1866 — verpachtet und die Zahlung des Pachtzinses in halbjährigen, am 1. Jänner und 1. Juli fälligen Anticipativraten stipulirt. M starb im Juni 1866, nachdem er von B einen Theil der erst am 1. Juli fälligen Zinsrate eingenommen hatte. Nun machte die Finanzprocuratur im Namen des Religionsfondes (Intercalarfond) mittelst Klage gegen B den Anspruch auf die ganze am 1. Juli 1866 verfallene Zinsrate geltend. Der Beklagte wendete die dem M geleistete Theilzahlung ein. — Von dem Gerichte erster

Instanz wurde dem Klagebegehren in vollem Umfange stattgegeben. — Das O. L. G. berücksichtigte die Einwendung des Beklagten und entband ihn von der Zahlungspflicht in dem Maße der dem M geleisteten Theilzahlung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Wenn der Pachtvertrag — mit der in solchem Falle nothwendigen Genehmigung der Verwaltungsbehörde — über die Lebensdauer des M hinaus geschlossen worden wäre, würde den Contrahenten nicht gestattet gewesen sein, die für die Zahlung des Pachtzinses festgesetzten Termine eigenmächtig, ohne höhere Bewilligung abzuändern und die im Widerspruch mit dem Inhalte des genehmigten Pachtvertrages geschehenen Vorauszahlungen des Pachtzinses würden dem Intercalar-, resp. Religionsfonde gegenüber ungiltig und der Pächter zur nochmaligen Zahlung verpflichtet sein. Um so mehr muß dies in dem vorliegenden Falle gelten, wenn erwogen wird, daß der ohne die — hier nicht erforderliche — Genehmigung der Verwaltungsbehörde geschlossene Pachtvertrag des M und B nach den Hofdecreten vom 26. Mai 1821, Nr. 1763 und 19. Jänner 1844, Nr. 776 der J. G. S., bezüglich des Verpächters M nur für seine Person rechtsverbindlich war, mit seinem Tode das Pachtrecht des B erlosch und dieser von der Administrativbehörde des Intercalarfondes von der Pachtung sofort abgeschafft werden konnte. Wenn nun die letztere ihn im Pachtbesitze ließ, so wurde hiermit der Vertrag von dem Intercalarfonde mit ihm stillschweigend (§. 863 a. b. G. B.) erneuert und daraus ergibt sich eben die rechtliche Folge, daß B den Pachtvertrag erfüllen, nämlich den auf die zweite Hälfte des Pachtjahres 1866 fallenden Theil des Pachtzinses dem Intercalarfonde zahlen muß. Hat er aber gegen die Bestimmungen des Pachtvertrages dem vorigen Verpächter M, von dem er wußte, daß ihm nur ein zeitliches Recht an der Pachtsache zustand, Vorauszahlungen geleistet, so hat er es auf seine Gefahr gethan und er kann diese unbefugterweise geleistete Zahlung dem Anspruche des neuen Verpächters nicht entgegensetzen.

Nr. 4536.

Bestandstreitigkeit?

Entsch. v. 27. März 1872, Nr. 2965 (Best. der gleichförmigen Decr. des städt.-deleg. B. G. Troppau v. 18. Dec. 1871, Nr. 13352 und des O. L. G. Brünn v. 6. Februar 1872, Nr. 1361). G. Z. 1873, Nr. 99.

Nach dem Ende der Pachtung eines im Bezirke des städt.-del. Bezirksgerichtes Troppau belegenen Meierhofes belangte der Pächter A beim genannten Gerichte den für seine Person einem anderen Richter unterstehenden Verpächter B auf Zahlung von 404 fl. für die mit

Zuſtimmung des Rentmeiſters des B ausgeführte Bebauung einer unfruchtbar übernommenen Area des Pachtgutes; von 60 fl. für die gleichfalls mit Bewilligung des Rentmeiſters beſtrittene Herſtellung eines Göpels an der Branntwein-Sudmaſchine; von 861 fl. für 287 Fuhren Waldſtreu, da der Kläger beim Abſchluß des Pachtvertrages zum Pachtſchilling von 6300 fl. — ſtatt 6000 fl. — ſich nur gegen das Verſprechen, ein für allemal ihm 300 Fuhren Waldſtreu aus den benachbarten Wäldern des B ausfolgen zu laſſen, verſtanden, allein blos 13 Fuhren erhalten habe; von 419 fl. für dem Kläger gehöriges, von ihm bei der Reſtitution des Pachtgutes dem B zurückgelaſſenes Heu; von 158 fl. für den vom Kläger mit Genehmigung des Rentmeiſters beſorgten Mehranbau von 7 Joch Landes. — Auf dieſe Klage wurde, dem Begehren des Klägers gemäß, vom angerufenen Gericht das ſummariſche Verfahren nach der kaiſerl. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, eingeleitet, und dieſe Verfügung in zweiter Inſtanz beſtätigt. Der Beklagte ergriff den a. o. Reviſionsrecurs, worin er anführte, daß die Klage mit Anſprüchen aus einem Beſtandvertrag Anſprüche aus einer Schenkung, Eigenthum reſp. Kauf vermenge, daher — wie in der oberſtgerichtlichen Entſcheidung vom 29. September 1859, Nr. 11165, ausgeſprochen wurde — das Verfahren in Beſtandſachen, welches als eine Ausnahme keine Erweiterung zuläßt, auf den vorliegenden Rechtsſtreit nicht angewendet werden könne.

Dieſer Recurs wurde vom oberſten Gerichtshofe in der Erwägung abgewieſen, daß der obergerichtlich beſtätigte Beſcheid der erſten Inſtanz eine Geſetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit um ſo weniger enthält, als der Kläger den Anſpruch wegen unterlaſſener Ausfolgung von 287 Fuhren Waldſtreu aus einer mündlichen Nebenbeſtimmung des Pachtcontractes und die Forderung eines Erſatzes für das auf dem übergebenen Pachtgute zurückgebliebene Heu aus dem Titel der Mehrleiſtung bei der Zurückſtellung des Pachtinventars, alſo gleichfalls mit Bezug auf das bisherige Beſtandverhältniß ableiten will, darüber jedoch, ob dieſe Forderungen auch wirklich in den angeblichen Rechtsgründen ihre Stütze finden oder unter andere Titel zu ſubſumiren ſeien, nicht ſchon bei der Erledigung der Klage abgeſprochen werden kann.

Nr. 4537.

Beweis zum ewigen Gedächtniß: Gefahr des Beweisentganges wegen Abnahme des Erinnerungsvermögens der Zeugen.

Entſch. v. 27. März 1872, Nr. 3007 (Beſt. des das Decr. des L. G. Brünn v. 31. Oct. 1871, Nr. 10515, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn vom 9. Jänner 1872, Nr. 15372). G. Z. 1872, Nr. 78.

Das im Proceß der Inteſtaterben des M gegen die Teſtamentserbin peto. Ungiltigkeit des Teſtamentes angebrachte Geſuch der Kläger

um Abhörung von 18 Zeugen zum ewigen Gedächtniß war vornehmlich auf die Beſorgniß des Entganges der Beweiſe in Folge der mit der Zeit immer mehr zunehmenden Schwäche des menſchlichen Erinnerungsvermögens gegründet, — ein Motiv, aus welchem nach der Anſicht des das Geſuch abweiſenden Gerichtes erſter Inſtanz eine gegründete Beſorgniß des Beweisentganges im Sinne des §. 179 a. G. O. nicht abgeleitet werden kann, weil die Abnahme der Gedächtnißkraft eine allgemeine Erſcheinung iſt, welche dem Geſetzgeber bei der Statuirung der Ausnahmen (Beweis zum ewigen Gedächtniß) von der Regel (ordentlicher Zeugenbeweis) nicht vorgeſchwebt haben konnte, indem im anderen Falle, bei der Allgemeinheit der Erſcheinung, die ausnahmsweiſe Beſtimmung zur Regel werden müßte. — Das O. L. G. hat dem Geſuch aus folgenden Gründen ſtattgegeben: Nach Inhalt der producirten Weisartikel handelt es ſich bei der begehrten Zeugenvernehmung um eine Menge von Umſtänden und Einzelheiten ſo wie um die Wahrnehmung pſychiſcher Zuſtände an dem Teſtator M, die eine eben ſo detaillirte Beantwortung erheiſchen und deshalb bei langem Verzuge dem Gedächtniß der Zeugen mehr weniger entſchwinden können, in welchem Falle der Erfolg der nämliche wäre, wie wenn den Beweisführern dieſe Zeugen niemals zu Gebote geſtanden ſein würden. Es iſt hiebei insbeſondere zu erwägen, daß die Zeugen da, wo ſie ihre Wahrnehmungen über Pſychiſches ausſprechen ſollen, nicht blos allgemein lautende Bejahungen oder Verneinungen oder bloße Meinungen abzugeben, ſondern nach §. 154 a. G. O. die klare Urſache ihres Wiſſens, alſo Thatumſtände anzugeben haben werden, rückſichtlich welcher, da die Zeugen durch die Weisartikel ſelbſt eine Gedächtnißhilfe nicht erlangen, ein Vergeſſen nach längerer Zeit um ſo möglicher iſt. Es können daher die Kläger mit Grund beſorgen, daß die zur Behauptung ihres Rechtes tauglichen Zeugen ihnen entgehen dürften; mithin kann ihnen die Abhörung derſelben zum ewigen Gedächtniß nach §. 179 a. G. O. und den Hofdecreten vom 27. September 1784, J. G. S. Nr. 341 und 15. October 1802, Nr. 579 ad 2, nicht verweigert werden, zumal der Richter dabei auf das Innere der Sache und die Beurtheilung der Weisartikel und der Beſchaffenheit der Zeugen ſich nicht einzulaſſen hat, durch die Zulaſſung des Beweiſes den Rechten der Gegenpartei in der Hauptſache in keiner Weiſe präjudicirt wird und hier noch überdies die beſondere Rückſicht eintritt, daß die Abhörung der drei Teſtamentszeugen bereits ſtattgefunden hat, folglich auch den Inteſtaterben nicht verwehrt ſein kann, behufs der Gewinnung von Zeit noch während des Proceſſes die Abhörung der Zeugen zu erwirken, durch welche ihre Behauptung, daß M zur Zeit der Teſtamentsunterfertigung nicht mehr im Vollbeſitz ſeiner geiſtigen Fähigkeiten geweſen, erwieſen werden ſoll.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die obergerichtliche Entſcheidung aus deren Gründen.

Nr. 4538.

Exceptio rei non sic sed aliter gestae: Beweislaſt.

Entſch. v. 28. März 1872, Nr. 15418 (Beſt. des das Urth. des B. G. Windiſch-Feiſtritz v. 9. Juni 1871, Nr. 1891, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 8. Nov. 1871, Nr. 13042). G. Z. 1872, Nr. 59.

Nachdem A in ſeiner Klage gegen B die Zahlung von 80 fl. als ein dem B gegebenes Darlehen gefordert und B dagegen angeführt hatte, daß er die 80 fl. vielmehr auf Rechnung ſeiner bei A ausſtehenden Forderung empfangen habe, wurde in erſter Inſtanz auf den vom Beklagten für ſeine Anführung — in zweiter und dritter Inſtanz auf den vom Kläger für das Klagefundament (Hingabe der 80 fl. als Darlehen) deferirten Haupteid erkannt, weil in Folge der vom Beklagten vorgebrachten exceptio rei non sic sed aliter gestae der Kläger das ſeinem Forderungsrechte zum Grunde liegende Factum zu beweiſen hatte (§. 104 a. G. O.)

Nr. 4539.

Execution zur Sicherſtellung während des Rechtsmittelzuges: Beweis einer Gefahr?

Entſch. v. 28. März 1872, Nr. 2832 (Beſt. des Decr. des H. G. Prag v. 27. Nov. 1871, Nr. 72624, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 27. Dec. 1871, Nr. 42855). G. H. 1872, S. 194.

Das in erſter Inſtanz bewilligte Geſuch des in ſeinem Proceſſe gegen B peto. Zahlung einer Geldſumme in erſter Inſtanz ſiegreich gebliebenen Klägers A um ſicherſtellungsweiſe Pfändung, mit enger Sperre, der Mobilien des Beklagten und Transferirung derſelben bis zur Proceßentſcheidung über die Appellation des Letzteren (§. 259 a. G. O.) wurde von dem O. L. G. abgewieſen, weil nach dem citirten Paragraph die Sicherſtellung dem Kläger nur dann zu ertheilen iſt, wenn er ſie nöthig hat, dieſes von ihm in dem Geſuche nicht einmal erwähnte Bedürfniß aber nicht als ſelbſtverſtändlich und daher als vorhanden angenommen werden darf.

In Erwägung, daß der nach Geſtattung des §. 259 a. G. O. die Sicherſtellung u. ſ. w. während des Appellationszuges begehrende Kläger zu beſonderer Nachweiſung, daß er ſie bedarf, nicht angehalten werden darf und in ſeinem Einſchreiten um die Sicherſtellung auch ſchon die Erklärung liegt, daß er ſie nöthig habe; daß nach §. 12 der Juſt.-Miniſt.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die in den §§. 4, 5, 6, Abſ. 2, §§. 7, 8 und 11 ibid. enthaltenen Vorſchriften in allen Fällen Anwendung finden, in welchen durch die G. O. während der Dauer eines anhängigen Proceſſes die Execution

zur Sicherſtellung als proviſoriſche Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entſcheidung der Hauptſache für zuläſſig erklärt iſt, — hat der oberſte Gerichtshof den erſtgerichtlichen Beſcheid beſtätigt.

Nr. 4540.

Abgrenzung des Wirkungskreiſes der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Beſitzſtörungsklage wegen Bepflanzung eines Kirchengrundſtückes auf Anordnung der Gemeindevertretung.

Entſch. v. 28. März 1872, Nr. 3112 (Aufheb. des das Decr. des B. G. Rican v. 28. Juni 1871, Nr. 2912, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 9. Jänner 1872, Nr. 29215). G. H. 1872, S. 288.

Nachdem von dem Ausſchuſſe der Gemeinde B die Bepflanzung der die Pfarrkirche zu B umgebenden „alter Friedhof" genannten Grundfläche mit Bäumen beſchloſſen worden war, ließ der Vorſteher der Gemeinde die Anpflanzung ausführen. Darauf belangten der Patron und der Pfarrer der Kirche den Gemeindevorſteher und die Gemeinde in possessorio summariissimo wegen Störung der Kirche in dem Beſitze des erwähnten Grundſtückes. Nach durchgeführter Verhandlung entſchied das Gericht meritoriſch auf Abweiſung der Kläger, mit gegenſeitiger Aufhebung der Proceßkoſten. — Auf den Recurs beider Parteien vernichtete das O. L. G. die erſtgerichtliche Entſcheidung nebſt dem vorausgegangenen Verfahren und verordnete die Zurückſtellung der Klage aus folgenden Gründen: Nach Inhalt des vorgelegten Protokolles der Gemeindeausſchußſitzung wurde die Bepflanzung des fraglichen Grundſtückes zum Zwecke der Stadtverſchönerung mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Analogie des §. 79 der Bauordnung für Böhmen v. 11. Mai 1864, L. G. Bl. Nr. 20, (Anpflanzung von Bäumen zum Schutze von Kirchen u. ſ. w. gegen die Verbreitung der Brände) beſchloſſen. Zu dieſem Beſchluſſe, der mithin aus öffentlichen Rückſichten hervorgegangen iſt, war die Gemeindevertretung durch den §. 28 der Gemeindeordnung für Böhmen vom 16. April 1864, L. G. Bl. Nr. 7, vollkommen berechtigt. Die Giltigkeit dieſes im ſelbſtſtändigen Wirkungskreiſe der Gemeinde gefaßten Beſchluſſes kann nur auf dem Verwaltungswege angefochten werden, da nach den beſtehenden Vorſchriften in erſter Linie lediglich die autonomen Organe und eventuell, nach §. 102 der citirten Gemeindeordnung die politiſchen Behörden zur Entſcheidung über die Giltigkeit und Vollziehbarkeit dieſes Beſchluſſes im Falle einer dagegen erhobenen Einwendung competent ſind. Die Frage des Eigenthumes an dem in Rede ſtehenden Grundſtücke würde ſelbſtverſtändlich auf dem Rechtswege auszutragen ſein; allein der Entſcheidung der autonomen

Behörden könnte dieſe Frage, ſo weit es auf die Thatſache der Anpflanzung ankommt, keinesfalls präjudiciren.

In Erwägung, daß die Entſcheidung der vorliegenden Streitigkeit dem Gerichte zuſteht, weil es ſich dabei in erſter Linie um die Frage handelt, ob die Kirche zu B das „der alte Friedhof" genannte Grundſtück beſitze und durch die von dem Gemeindeausſchuſſe beſchloſſene Anpflanzung der Bäume in dem Beſitze desſelben geſtört worden ſei, und daß dem §. 28 der Gemeindeordnung und dem §. 79 der Bauordnung für Böhmen eine ausdehnende Auslegung, die ſo weit geht, daß die Gemeindevertretung berechtigt ſein ſoll, in den privatrechtlichen Beſitz von Gemeindeangehörigen oder von moraliſchen Perſonen einzugreifen, nicht gegeben werden darf, — hat der oberſte Gerichtshof die Verordnung des O. L. G. aufgehoben und demſelben die Entſcheidung in merito aufgetragen.

Nr. 4541.

Abgrenzung des Wirkungskreiſes der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Störung im Beſitze des Waſſerrechtes.

Entſch. v. 28. März 1872, Nr. 3227 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Prag v. 29. Dec. 1871, Nr. 43335). G. H. 1872, S. 218.

A, Beſitzer des Gutes X, belangte den B in possessorio summariissimo, weil dieſer den Damm des auf dem Gute liegenden Teiches an der Sohle aufgegraben, an der aufgegrabenen Stelle Leitungsröhren angelegt und auf dieſe Art das Teichwaſſer auf ſeine Wieſe geleitet hatte. — Das Gericht erſter Inſtanz entſchied nach dem Klagebegehren. — Auf den Recurs des Beklagten wurde in zweiter Inſtanz dieſe Entſcheidung nebſt der Verhandlung aufgehoben und die Zurückſtellung der Klage verordnet, weil die incriminirten Handlungen nach §. 75 des Waſſerrechtsgeſetzes für Böhmen v. 28. Auguſt 1870, L. G. Bl. Nr. 71, in den Wirkungskreis der politiſchen Behörden fallen, daher der Gegenſtand des eingeleiteten Beſitzſtörungsſtreites zur Competenz der Adminiſtrativbehörde gehöre.

Der oberſte Gerichtshof hat nach vorgängigem Einvernehmen mit dem Ackerbauminiſterium dem O. L. G. die meritoriſche Proceßentſcheidung aufgetragen. Gründe: Die dem B zur Laſt gelegte Beſitzſtörungshandlung kann nicht als eine ſolche Benützung eines Privatgewäſſers angeſehen werden, für welche die Bewilligung der Behörde erforderlich war, ſo daß, wegen unterbliebener Einholung dieſes Conſenſes, die Beſtimmungen der §§. 17 und 71 des Geſetzes vom 28. Auguſt 1870, Nr. 71 des L. G. Bl. für Böhmen und in weiterer Conſequenz nach §. 75 ibid. die Zuſtändigkeit der politiſchen Behörde einzutreten hätte. Die Handlung des Beklagten iſt vielmehr

ein unmittelbarer Eingriff in die Sphäre eines fremden Privatrechtes, indem nach dem §. 4 lit. c und d sowohl des allg. Wasserrechtsgesetzes v. 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93, als des oben citirten Landesgesetzes die Teiche mit ihren Abflüssen, so lange die letzteren in ein fremdes Privat- oder in ein öffentliches Gewässer sich nicht ergossen und das Eigenthum des Grundbesitzers nicht verlassen haben, dem Besitzer des Grundes gehören. Gegen einen solchen Eingriff durfte daher A den Schutz der Gerichte anrufen, nachdem laut §. 3 des obigen Reichsgesetzes und des citirten Landesgesetzes die den Besitz schützenden Vorschriften des a. b. G. B., und deshalb auch jene über die Zuständigkeit der Gerichte in Besitzstörungsfällen unberührt geblieben sind.

Nr. 4542.

Auslegung eines Vergleiches: Rückgriff auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß.

Plenar-Entsch. v. 3. April 1872, Nr. 12843 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Wojnitow v. 10. März 1871, Nr. 709 und des O. L. G. Lemberg v. 21. Juni 1871, Nr. 15983). G. Z. 1872, Nr. 58.

Zwischen B, auf dessen Gut eine Forderung von 750 fl. für A intabulirt war, und dem Letzteren kam außergerichtlich ein Vergleich zu Stande folgenden Inhaltes: B verpflichtet sich, statt der intabulirten Forderung von 750 fl. den Pauschalbetrag von 200 fl. und zwar 50 fl. nach 14 Tagen und den Rest nach 6 Monaten zu zahlen — für den Fall der Nichteinhaltung des ersten Ratentermines behält sich A vor, daß ihm frei stehe, den B auf Zahlung gerichtlich zu langen — wenn B zwar den ersten, aber nicht den zweiten Termin einhält, soll die erste gezahlte Rate als Conventionalstrafe verfallen, der Vergleich aufgelöst und A berechtigt sein, den B auf „Rückstellung der ganzen Summe" vor Gericht zu belangen — A erklärt, er werde nur dann, wenn ihm die Summe von 200 fl. in den obigen Terminen ganz gezahlt werden wird, sich für vollständig befriedigt erkennen und nur im Falle vollständiger Befriedigung in die Löschung der intabulirten 750 fl. einwilligen. Da B keine der für die Zahlung der 200 fl. festgesetzten Fristen eingehalten hat, hielt sich A durch den Vergleich selbst für berechtigt, die Zahlung der 750 fl. zu verlangen, und machte mittelst Klage gegen B diesen Anspruch geltend, wogegen von dem Letzteren eingewendet wurde, daß A die Zahlung der intabulirten Forderung niemals kraft des Vergleiches begehren könne, daß vielmehr auf die ursprüngliche Constituirung dieser Schuld zurückgegangen werden müsse, wonach die 750 fl. einen Kaufschillingsrest darstellen, welcher bei dem Verkauf einer Liegenschaft des A an M, den B beerbt hat, bis zu der vom Verkäufer übernommenen Regu-

lirung des Grundbuchsſtandes der beſagten Liegenſchaft als Caution in den Händen des M mit der in einer beſonderen Urkunde aufgenommenen Stipulation geblieben ſind, daß M nicht zur Zahlung der vollen 750 fl., ſondern nur des nach Abzug einer von ihm übernommenen bücherlichen Schuld des A an C von 208 fl. und anderer Schulden verbleibenden Reſtes, und auch zur Zahlung dieſes Reſtes nur unter der Bedingung der dem A obliegenden Regulirung des Grundbuchsſtandes in der hiezu feſtgeſetzten peremptoriſchen Friſt verpflichtet und bei Nichteinhaltung dieſes Termines die Forderung für A verloren ſein ſollte. Da nun A den Termin für die Grundbuchsregulirung verſäumt hat, ſo ſei vermöge dieſer Abmachungen — deren Beſtand von B urkundlich nachgewieſen wurde — das Klagerecht des A erloſchen. Es handelte ſich daher um die Wirkſamkeit des von A ſeiner Klage zum Grund gelegten Vergleiches. — Beide Untergerichte legten dem Vergleiche den von A in Anſpruch genommenen Rechtseffect bei, das O. L. G. in der Erwägung, daß derſelbe, als Neuerungsvertrag, jedenfalls der richterlichen Entſcheidung zur eigentlichen Baſis zu dienen hat und ſo interpretirt werden muß, daß er von Wirkung ſei; daß mit Grund anzunehmen iſt, daß B in demſelben ſich verpflichtet habe, für den Fall der Nichteinhaltung des Termines zur Zahlung der 200 fl. den vollen, urſprünglichen, für A derzeit noch intabulirten Betrag von 750 fl. zu zahlen, weil ſonſt, wie Letzterer in der Replik richtig bemerkte, die im Vergleiche zu ſeinen Gunſten feſtgeſetzte Strenge keinen Sinn hätte.

Dieſe Urtheile der erſten und zweiten Inſtanz hat der oberſte Gerichtshof in die Abweiſung des Klagebegehrens umgeändert. Gründe: In dem Vergleiche, in welchem B zur Zahlung von nur 200 fl. ſtatt der 750 fl. in beſtimmten Terminen ſich verpflichtete, wurde weiters ſtipulirt, daß bei Nichteinhaltung des zweiten Termines der Vergleich aufgelöſt ſei und dem A das Recht zuſtehen werde, den B auf Zahlung der ganzen Summe zu belangen. Dieſer Fall iſt eingetreten, mithin der Vergleich aufgelöſt und bezüglich des A der frühere Stand wieder eingetreten. Das Verhältniß desſelben iſt nun ſo zu beurtheilen, wie wenn der Vergleich gar nicht geſchloſſen wäre, zumal der darin enthaltene Beiſatz, daß nach Auflöſung des Vergleiches dem A freiſtehen ſoll, den B auf Zahlung der ganzen Summe zu belangen, dem A lediglich das Recht wahrt, die ganze Forderung auf dem Rechtswege zu verfolgen, keineswegs aber eine Beſtimmung darüber enthält, ob und in wiefern und unter welchen Modalitäten B zur Befriedigung dieſer Forderung verpflichtet ſein ſoll. Es muß alſo auf die urſprüngliche Conſtituirung der eingeklagten Forderung geſehen werden, nach welcher aber die Zahlungspflicht des B ausdrücklich durch die von A übernommene, jedoch ſeinerſeits in der feſtgeſetzten Friſt unterbliebene Grundbuchsregulirung bedingt war. Es gebricht daher dem Anſpruche des A an der vertragsmäßigen Grundlage. Da nun

die untergerichtlichen Erkenntniſſe auf der dem dargeſtellten Sachverhalt offenbar widerſtreitenden Anſchauung beruhen, daß für die Beurtheilung der eingeklagten Forderung nur der oft erwähnte Vergleich maßgebend und daß darin die Verbindlichkeit des B zur unbedingten Zahlung der 750 fl. ausgeſprochen ſei, ſo mußte der dagegen ergriffenen a. o. Reviſionsbeſchwerde des letzteren im Sinne des Hofdecr. vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, entſprechend ſtattgegeben werden.

Nr. 4543.

Formulirung des Eides über mehrere zuſammenhängende Thatſachen.

Plenar-Entſch. v. 2. April 1872, Nr. 13689 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Ried v. 6. Mai 1871, Nr. 518 und des O. L. G. Wien v. 17. Auguſt 1871, Nr. 14124). G. Z. 1872, Nr 52.

Im Proceß des A gegen die B und den C als Solidarſchuldner peto. Zahlung von 498 fl. wurde von beiden Untergerichten die B unbedingt zur Zahlung verurtheilt und in Betreff des C auf den rückſchiebbaren Haupteid desſelben erkannt: „Es ſei ſeines Wiſſens und Erinnerns nicht wahr, daß am 14. September 1869 die B mit ihm zum A kam und in ſeiner, des C, Gegenwart erklärte, daß ſie nun ihr Anweſen ihm zu übergeben gedenke und daß er dann zuverläſſig auch ihre Rechnungen bei dem A begleichen werde, was auch er, C, zuſtimmend beſtätigte, und daß A dieſe ſolidariſche Mithaftung des C annahm."

Auf die gegen die Faſſung des Haupteides ergriffene Reviſionsbeſchwerde des C hat der oberſte Gerichtshof die Formel in der Weiſe abgeändert, daß er an Stelle der Worte: „was auch er, C, zuſtimmend beſtätigte," die Worte ſetzte: „daß auch er, C, dieſes zuſtimmend beſtätigte". Gründe: Der Anſpruch des A gegen den C beruht auf drei in der Klage angeführten, von C geleugneten Thatſachen, wofür A in der Klage den Haupteid angeboten hat, ohne die Faſſung des Eidſatzes in derſelben oder im Verlaufe der Handlung vorzuſchlagen, ſo daß für C kein Anlaß vorlag, darüber ſich zu äußern. Dieſe drei Thatſachen ſind: Die Erklärung der B, die bezüglich derſelben erfolgte zuſtimmende Beſtätigung des C, die Annahme von Seite des A. Da nun dieſe Thatſachen, für deren jede A den Haupteid angeboten hat, von C in Abrede geſtellt ſind, ſo waren ſie in der Eidformel ſpeciell als nebengeordnete Thatſachen auszudrücken, was in der untergerichtlichen Faſſung des Haupteides eben nicht geſchehen iſt.

Nr. 4544.

Pignoris causa indivisa. — Executive Veräußerung einiger von mehreren verpfändeten Grundstücken: Einfluß der Meistgebotsvertheilung auf den Umfang der Haftung der übrigen Hypotheken.

Entsch. v. 3. April 1872, Nr. 8193 (theilweise Best. des Urth. des B. G. Bezzano v. 27. Sept. 1870, Nr. 1394, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 12. Juni 1871, Nr. 2270). G. Z. 1872, Nr. 90.

Im Jahre 1856 verpachtete A dem C, D und E mehrere Grundstücke gegen einen jährlichen Pachtzins von 300 fl., für welchen alle drei Pächter solidarisch als Schuldner eintraten und jeder von ihnen Grundstücke verpfändete. Im Jahre 1857 verkaufte C eines der von ihm verpfändeten Grundstücke den Brüdern B, ohne ihnen seine Schuldverbindlichkeit gegen A an Zahlungsstatt zu übertragen. Im Jahre 1861 belangte A die drei Pächter, C, D und E auf Zahlung mehrjähriger Bestandzinsrückstände und schloß mit ihnen im Jahre 1862 einen Vergleich, in welchem, ohne daß von der im Pachtvertrage des Jahres 1856 stipulirten Solidarverbindlichkeit der drei Pächter Erwähnung gemacht wurde, E die Zahlung eines Theiles des Zinsrückstandes gegen Löschung der Hypothek auf seinen Grundstücken übernahm und die Zahlung des übrigen größeren Theiles von C und D unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung der dem A an ihren Grundstücken zustehenden Pfandrechte versprochen wurde. Da die beiden Letzteren ihrer Zahlungspflicht nicht nachkamen, betrat A gegen sie den Weg der Execution auf die ihm verpfändeten Liegenschaften derselben, welche 1870 zwangsweise verkauft wurden. Der Erlös aus den Pfandgütern des D betrug um 49 fl. 21 kr. weniger als A — unter der Voraussetzung, daß C und D seit dem Vergleiche vom Jahre 1862 nicht mehr solidarisch, sondern pro parte für die Pachtzinsschuld hafteten — von D als Personalschuldner zu fordern hatte, wogegen aus dem Verkaufe der Pfandgüter des C 41 fl. 86 kr. mehr gelöst wurden, als C dem A unter der gleichen Voraussetzung persönlich schuldig war. Da dem A das durch die Execution realisirte Pfandrecht an den Gütern des C und D für seine ganze Forderung zustand, wurden ihm zu seiner vollen Befriedigung auch die besagten 41 fl. 86 kr. zugewiesen; er gestattete aber, daß sie dem C ausgefolgt wurden, welcher ihm daher diesen Betrag schuldig blieb und in Folge seiner später eingetretenen Verarmung nicht mehr zahlen konnte. — Nun belangte A die Brüder B als Eigenthümer des im Jahre 1857 von C ihnen verkauften Pfandgrundstückes mit der Hypothekarklage auf Herausgabe desselben zur Versteigerung behufs der Befriedigung des noch ungedeckten Restes von 49 fl. 21 kr. seiner Forderung. Die Beklagten wendeten ein, daß der Kläger bei der Meistgebotsvertheilung

noch mit dem Betrage von 41 fl. 86 kr. aus dem Erlöse der Versteigerung der Pfandgüter des C sich befriedigen konnte und daß es, seine Schuld sei, wenn er diese Summe von dem verarmten C nicht mehr hereinbringen könne. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger ab, weil durch den Vergleich, welcher das ursprüngliche Rechtsverhältniß aufhob, auch die frühere Solidarität der Schuldner C und D gelöst wurde, mithin, da von C, dem Vormanne der Geklagten, der ganze auf ihn entfallende Antheil bezahlt und die eingeklagte Summe ganz bei D im Rückstande geblieben ist, die Klage unbegründet sei. — Das O. L. G. gab dem Begehren im vollen Umfange statt, weil im Vergleiche von 1862 die ursprünglichen Pfandrechte aufrecht erhalten wurden, und die an verschiedenen Gütern bestellte Hypothek jedes einzelne Gut mit der ganzen Summe belastete.

Der oberste Gerichtshof hingegen erkannte, daß die Beklagten schuldig seien die Versteigerung ihres Grundstückes nur zur Zahlung von 7 fl. 35 kr. zu gestatten. Gründe: Im Pachtvertrage von 1856 wurden die dort bezeichneten Realitäten des C, D und E, worunter auch die von der gegenwärtigen Pfandklage betroffene, für die ganze Pachtsumme als Pfand bestellt, und nachdem im Vergleiche von 1862 der Kläger alle seine Hypothekarrechte ausdrücklich sich vorbehalten hat, so ist die Untersuchung, ob durch den Vergleich die ursprünglich stipulirte Correalität behoben wurde, überflüssig, weil, wenn auch die persönliche Schuld sich in Theile gelöst hätte, doch das für die ganze Schuld bestellte Pfandrecht jedenfalls in seinem ursprünglichen Bestande fortdauert, und wenn die gedachten Pächter als persönliche Schuldner, statt correal, auch nur nach Antheilen haften sollten, sie wieder als Besitzer der Pfandrealitäten mit der Hypothekarklage auf Herausgabe derselben zur Befriedigung der ganzen Schuld belangt werden konnten. Es frägt sich daher nur, ob die Meistgebotsvertheilung im Jahre 1870 nicht eine auf das Rechtsverhältniß der heutigen Geklagten einwirkende Aenderung an ihrer Stellung zum Kläger bewirkt habe. Nach derselben hätte D, wenn die Forderung des Klägers ihm und dem C zu gleichen Theilen aufgelastet würde, mit dem Erlöse des Verkaufes seiner Pfandgüter dem Kläger um 49 fl. 21 kr. zu wenig bezahlt, während aus dem Erlöse der dem C gehörigen Realitäten der Kläger sich noch hätte mit 41 fl. 86 kr. decken können, wonach sich seine ungedeckte Forderung nur mit 7 fl. 35 kr. beziffern würde. Er gestattete jedoch, daß die erübrigten 41 fl. 86 kr. dem C verabfolgt wurden, und fordert nun die ganze bei D nach der vorgenommenen Theilung eingebüßte Schuld mit der Hypothekarklage von den heutigen Geklagten. Nach der Natur der Hypothekarklage geht nun allerdings das Begehren nicht auf Zahlung, sondern nur auf Herausgabe des Pfandstückes zur Realisirung der klägerischen Forderung, diese aber erfolgt eben durch Umwandlung des Pfandstückes mittelst der executiven Versteigerung in Geld, und der Pfandgläubiger macht

ſich aus dem Erlöſe zuerſt bezahlt, während der Reſt dem Hypothekarſchuldner zufällt. Ob nun die Geklagten das Pfandſtück herausgeben, oder vorziehen die Pfandſchuld zur Befreiung von der Hypothek baar abzuführen, immer erfolgt die Zahlung der mit Pfand geſicherten Schuld aus ihrem Vermögen, und nachdem der Verkäufer C den Geklagten ſeiner Verpflichtungen gegen den Kläger an Zahlungsſtatt des Kaufſchillings nicht überbunden hat, ſo zahlen ſie, wenn ſie gegen die Klage unterliegen, in jedem Falle eine fremde Schuld und haben das Regreßrecht gegen ihren Vormann C auf das Ganze, was ſie für ihn zahlen mußten. Es erwächſt ihnen aber auch, da es ſich hier nicht um das Recht eines zahlenden Hypothekarſchuldners gegen einen anderen Hypothekarſchuldner, ſondern vielmehr um das Recht gegen einen aus dem Titel der Gewährleiſtung (§. 928 a. b. G. B.) haftenden Perſonalſchuldner, der dem Kläger gegenüber allerdings zugleich Hypothekarſchuldner derſelben war, handelt, aus dem §. 1358 a. b. G. B. das Recht, von dem Kläger die Auslieferung aller vorhandenen Behelfe und Sicherſtellungsmittel zu verlangen. Nun hafteten für die klägeriſche Forderung nach dem Umfange des Pfandrechtes die dem C gehörigen Realitäten nicht nur für die Hälfte, ſondern für die ganze Schuld, und wenn der Kläger die heutigen Geklagten zuerſt belangt hätte, ſo wäre er verpflichtet geweſen, ihnen die ihm gegen C bis zum Belange der von dem Geklagten getilgten Forderung zuſtehenden Rechte abzutreten, wodurch ſie nach der gegenwärtigen Sachlage und dem Ergebniſſe der Execution lediglich mit 7 fl. 35 kr. in's Mitleid gezogen worden wären, während ſie jetzt, da der Kläger dem C den Bezug der aus dem Verſteigerungserlöſe zu ſeiner Verfügung geſtandenen Summe von 41 fl. 86 kr. geſtattete, und da zugegebenermaßen C kein Vermögen mehr beſitzt, in ihrem Regreßrechte gegen denſelben um obigen Betrag benachtheiligt ſind. Das Verſchulden, wodurch die heutigen Geklagten in Erholung ihres Erſatzes gegen ihren Vormann zu Schaden kommen, muß aber auch nach Analogie der §§. 1360 u. 1364 a. b. G. B. der Kläger vertreten, und können daher die Geklagten die dadurch uneinbringlich gewordene Summe der Klage entgegenhalten. Es mußte daher, da die Hypthekarklage eben nur die Realiſirung einer Forderung aus fremder Sache bezweckt, durch Abzug dieſes Betrages von 41 fl. 86 kr. von der Pfandſchuld, reſp. durch Reducirung derſelben auf 7 fl. 35 kr. das Klagebegehren eingeſchränkt werden.

Nr. 4545.

Pflicht zur Alimentirung der thatsächlich getrennt lebenden Gattin.

Entsch. v. 3. April 1872, Nr. 3122 (Best. des das Decr. des B. G. Sadagora v. 4. Mai 1871, Nr. 2385, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 23. August 1871, Nr. 22498). G. H. 1872, S. 331.

Die A belangte ihren Ehemann B, mit dem sie, ohne geschieden zu sein, seit 23 Jahren nicht mehr lebt, auf Zahlung der Alimente, indem sie anführte, daß sie von dem Beklagten aus seinem Hause gewiesen worden sei; in einem von ihr producirten Briefe hatte er erklärt, sie nur dann wieder bei sich aufnehmen zu wollen, wenn sie von ihrem Erbtheile 800 fl. mitbrächte. Während dieses Processes begehrte nun die A, daß dem B die Leistung des Unterhaltes bis zur Entscheidung des Rechtsstreites aufgetragen werde. — In erster Instanz wurde die A abgewiesen, weil sie schon so viele Jahre nicht mehr in ehelicher Gemeinschaft mit B lebt, obgleich sie von ihm gerichtlich nicht geschieden, noch von dem Gerichte ein abgesonderter Wohnort ihr bewilligt worden ist, mithin ihr Anspruch auf die Alimente bis zur Entscheidung des schwebenden Processes in keinem Gesetze gegründet sei.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz trug der oberste Gerichtshof dem B die Leistung der Alimente auf, weil die Verbindlichkeit des Ehemannes, seiner Frau den anständigen Unterhalt zu verschaffen, so lange fortdauert (§. 91 a. b. G. B.), als nicht über den streitig gewordenen Anspruch im ordentlichen Rechtswege durch die richterliche Entscheidung etwas anderes festgesetzt worden ist.

Nr. 4546.

Hemmung der Mobilarexecution wegen eines Exscindirungsprocesses: Caution.

Entsch. v. 3. April 1872, Nr. 3440 (Best. des das Decr. des B. G. Proßnitz v. 7. Sept. 1871, Nr. 9875, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 30. Dec. 1871, Nr. 16036). G. Z. 1872, Nr. 77.

Während des Processes über die Klage des A als angeblichen Eigenthümers von Waaren, die auf Anstehen des Beklagten B bei dem Schuldner des Letzteren, C, in Execution gezogen worden waren, peto. Exscindirung derselben, begehrte der Kläger die Suspension der bereits angeordneten Feilbietungen. Diese wurde in erster Instanz auf Grund der von A producirten Abtretungsurkunde, wonach die Waaren noch vor Einleitung der Execution von B auf A entgeltlich übergegangen wären, und zwar ohne Caution des Letzteren bewilligt, weil

er das Eigenthum mit der Urkunde glaubwürdig beſcheinigte und im Beſitze der fraglichen Waaren iſt. — Das O. L. G. bewilligte die Feilbietungsſiſtirung nur gegen Caution des A von 400 fl. in Erwägung, daß bei Geſuchen um Einſtellung aller weiteren Executionsſchritte in Folge angebrachter Exſcindirungsklage die Lage des Exſcindirungsſtreites nicht überſehen werden darf; daß nun A für die angeſtrebte Exſcindirung zwar eine von zwei Zeugen mitunterfertigte Urkunde producirt, allein der Beklagte in der Proceßeinrede nicht unweſentliche Bedenken gegen dieſelbe vorgebracht hat; daß nach der Urkunde die Abtretung der Waaren von C an A gegen ein Entgelt von nur 1000 fl. erfolgt iſt, während dieſelben nach dem Pfändungsprotokolle die Bedeckung für 3000 fl. bieten ſollen.

Der gegen die obergerichtliche Entſcheidung ergriffene Recurs des A wurde vom oberſten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die Gründe der zweiten Inſtanz verworfen, zumal die im Exſcindirungsſtreite geltend gemachten Bedenken nichts weniger als muthwillig erſcheinen und die größere Gefahr, welcher der Executionsführer durch die Siſtirung der Feilbietung ausgeſetzt iſt und wegen welcher eine höhere Caution mit Recht gefordert wurde, daraus hervorleuchtet, daß bereits bei der Schätzung des gepfändeten Waarenlagers ein bedeutender Abgang von Waaren ſich ergeben hat.

Nr. 4547.

Berechtigung der Mehrheit der Hausmiteigenthümer zur Kündigung einer Wohnungsmiethe.

Entſch. v. 3. April 1872, Nr. 3452 (Beſt. des Urth. des B. G. der innern Stadt Wien v. 19. Februar 1872, Nr. 4334, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 12. März 1872, Nr. 4557). G. Z. 1872, Nr. 81.

A, welchem die Miethe im Hauſe Nr. 6 der Judengaſſe von dem B, Miteigenthümer des Hauſes und ſpeciell zur Kündigung ermächtigtem Mandatar aller übrigen Miteigenthümer mit Ausnahme der $^1/_{40}$ beſitzenden C, gekündigt worden war, beſtritt die Giltigkeit der Aufkündung unter anderem auch wegen mangelnder Legitimation des B zu dieſem Act, weil er nicht die Geſammtheit der Eigenthümer vertrat. — Vom O. L. G. wurde deshalb die Unwirkſamkeit der Aufkündung ausgeſprochen und in den Motiven angeführt, daß die von B angerufene Beſtimmung des §. 833 a. b. G. B. (Majorität der Stimmen unter den Miteigenthümern entſcheidend für die ordentliche Verwaltung) nur für die Miteigenthümer untereinander aber nicht auch Dritten gegenüber maßgebend iſt: §. 828 a. b. G. B.

Dagegen bemerkte der oberſte Gerichtshof in den Motiven ſeines die Miethkündung aufrecht erhaltenden Urtheiles: Wenn der §. 833

ganz allgemein in allen die ordentliche Verwaltung betreffenden Angelegenheiten der Majorität der Miteigenthümer die Entscheidung zuerkennt, so muß diese Majorität auch in dem Verhältniß zu dritten Personen Geltung haben.

Nr. 4548.

Execution zur Sicherstellung während des Executivprocesses: Sequestration der bereits verpfändeten Liegenschaft ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Pfandes.

Entsch. v. 3. April 1872, Nr. 3459 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 16. Februar 1872, Nr. 19099, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 11. März 1872, Nr. 4786). Jur. Bl. 1872, Nr. 9.

Während des Executivprocesses, der auf die Klage des A gegen B peto. Zahlung von 120.104 Frcs. nach §. 298 a. G. O. und Hofdcr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, eingeleitet worden war, begehrte der Kläger mit Berufung auf diese Proceßvorschriften, und auf die §§. 12 und 4 der Just.-Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, zu seiner provisorischen Sicherstellung die Sequestration der Erträgnisse der für die eingeklagte Forderung von B ihm bereits verpfändeten Liegenschaft. — Sein in erster Instanz bewilligtes Gesuch wurde von dem O. L. G. wegen nicht bescheinigter Unzulänglichkeit des dem Kläger an der Liegenschaft bestellten Pfandes (§. 4 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, Nr. 130) abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den bewilligenden Bescheid der ersten Instanz mit folgender Begründung: Die im §. 4 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, für den Fall, daß für die eingeklagte Forderung schon früher ein Pfand bestellt wurde, vorgeschriebene Bedingung der Zulässigkeit der Execution zur Sicherstellung, daß nämlich die Unzulänglichkeit des Pfandes glaubwürdig dargethan sei, hat selbstverständlich nur für die Ausdehnung des Pfandrechtes zu gelten. Durch die Sequestration der Erträgnisse der von B dem A verpfändeten Liegenschaft wird aber das Pfandrecht des Letzteren nicht auf ein neues Object ausgedehnt, da sein Pfandrecht nach §. 457 a. b. G. B. sich ohnehin schon auf die Früchte der Pfandsache erstreckt.

Nr. 4549.

Auslegung eines Miethvertrages: Unzuläſſigkeit der Berückſichtigung mündlicher Abreden zum Zwecke der Auslegung eines ſchriftlichen Vertrages.

Entſch. v. 3. April 1872, Nr. 3510 (Beſt. des das Urth. des B. G. Krakau v. 2. März 1872, Nr. 3349, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 21. März 1872, Nr. 4203). G. Z. 1873, Nr. 42.

In dem Vertrage, mit welchem A dem B in ſeinem Hauſe eine Wohnung auf die Dauer eines Jahres vom 1. April 1871 bis Ende März 1872 mit dem Vorbehalte der dreimonatlichen Kündigung vermiethete, iſt der Paſſus aufgenommen: „Wenn B ſich nach meinem Guſto aufführen wird, ſteht ihm frei, die gemiethete Wohnung um denſelben Miethzins noch zwei Jahre beizubehalten.“ Als nun A die Miethe auf den 1. April 1872 kündigte, erhob B die Einwendung, daß er berechtigt ſei, in der gemietheten Wohnung noch zwei Jahre, nämlich bis 1. April 1874 zu bleiben; denn vor Unterfertigung des Vertrages habe auf ſein Befragen, was der Ausdruck: „nach meinem Guſto“ bedeute, A geantwortet, derſelbe habe den Sinn: wenn er, B, den Miethzins regelmäßig zahlen werde, was ſeinerſeits geſchehen ſei. — Das Gericht erſter Inſtanz hat nach durchgeführtem Zeugenbeweiſe die Aufhebung der Kündigung von dem Erfüllungseid des B über die dem A zugeſchriebene Erklärung des Ausdruckes „nach meinem Guſto“ abhängig gemacht, — wogegen von dem O. L. G. die Aufkündigung unbedingt aufrecht erhalten wurde.

Der oberſte Gerichtshof hat das Urtheil zweiter Inſtanz zu beſtätigen befunden. Gründe: Wie das O. L. G. in der Begründung ſeiner Entſcheidung ganz richtig ausführt, handelt es ſich um die Erfüllung eines ſchriftlichen Vertrages, daher eine der gewöhnlichen Bedeutung der Worte nicht entſprechende, angeblich von den Parteien gleich bei Schließung des Vertrages vereinbarte beſondere Deutung der Worte, als ein mündlicher Zuſatz nach §. 887 a. b. G. B. gar nicht beachtet werden konnte. Der an ſich überflüſſige Zeugenbeweis iſt überdies gar nicht zu Gunſten des B ausgefallen und hat vielmehr dargethan, daß der Beſtandgeber dem fraglichen Paſſus gerade keine andere Deutung geben wollte, als welche dem Wortlaute nach der allgemeinen Annahme entſprechen würde, nämlich, daß ſich der Beſtandgeber vorbehalten hat, wenn er mit dem Beſtandnehmer zufrieden ſein wird, die Miethe auf drei Jahre zu verlängern. Eine ſolche Verabredung kann als eine bindende Zuſage nicht angeſehen werden und benimmt dem Vermiether nicht das Recht, die Räumung nach Ablauf des bedungenen einen Miethjahres zu begehren. Es wäre bei dieſem Ergebniſſe des Zeugenverhöres der Erfüllungseid alſo durchaus unzuläſſig, und eben ſo wenig kann der Haupteid über die an ſich unentſcheidenden Einwendungen zugelaſſen werden. Mit vollem Rechte hat endlich

der obere Richter angenommen, daß der Beſtandgeber durch ſeine Kündigung auch ſeinen Willen, den Vertrag nicht zu verlängern, genügend kundgegeben habe, und es iſt die dagegen erhobene Beſchwerde, als liege hierin eine geſetzwidrige, weil von amtswegen erfolgte Annahme von thatſächlichen Umſtänden, welche von den Parteien nicht im Verfahren geltend gemacht wurden, durchaus ungegründet.

Nr. 4550.

Vorausſetzungen des Anſpruches auf Zahlung des doppelten Angeldes.

Entſch. v. 4. April 1872, Nr. 8783 (Beſt. des Urth. des L. G. Krakau v. 4. Juni 1867, Nr. 9487, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 15. Nov. 1870, Nr. 2672). G. Z. 1873, Nr. 42.

Die B, Witwe des M, verkaufte im Vereine mit ihren Kindern C und (der noch minderjährigen) D der A eine Liegenſchaft, erhielt von ihr 1000 fl. Angeld und übergab der A einen Theil der Realität. Die förmliche Errichtung des — nur punktirten — Vertrages unterblieb, weil die Realität zum Nachlaſſe des M gehörte und die Verkäuferinnen weder die Nachweiſung ihres Eigenthumsrechtes noch die Ermächtigung der Vormundſchaftsbehörde zum Verkaufe des Antheils der minderjährigen D beſaßen. Die B ſtellte nun der A das Angeld zurück. Dieſe belangte aber die Verkäuferinnen auf Zahlung weiterer 1000 fl., da ſie ſich zur Forderung des doppelten Angeldes für berechtigt hielt. — Von dem Gerichte erſter Inſtanz wurde die A unbedingt abgewieſen. — Das O. L. G. hingegen hat dem Klagebegehren unter der Bedingung des durch den Haupteid erbrachten Beweiſes, daß die Verkäuferinnen in den Punctationen ſich zur nachträglichen Erweiſung des Eigenthumes der Verkäufer und der Vertragsfähigkeit der D vor dem zur Abfaſſung des förmlichen Vertrages zwiſchen 1.—15. Juli 1856 beſtimmten Zeitpunkte verpflichtet haben, ſtattgegeben in Erwägung, daß nach §. 908 a. b. G. B., wenn durch Schuld einer Partei der Vertrag nicht erfüllt wird, die ſchuldloſe Partei den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurückfordern kann, und daß nach §. 1298 a. b. G. B. wer vorgibt, daß er an der Erfüllung ſeiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit ohne ſein Verſchulden verhindert worden ſei, dies zu beweiſen habe, die Belangten hingegen nicht einmal anführen, geſchweige denn beweiſen, daß ſie zur Erwirkung der behufs Errichtung des förmlichen Vertrages über den Kauf und Verkauf der Liegenſchaft erforderlichen Behelfe irgend welche Schritte unternommen haben, und daß letztere ohne ihr Verſchulden erfolglos geblieben ſeien.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtrichterliche Urtheil.

Gründe: Nach dem von der Klägerin ſelbſt angegebenen Inhalte

der von den Parteien abgeſchloſſenen Punktationen über den Verkauf der Realität, ſowie nach der geſetzlichen Beſtimmung des §. 908 a. b. G. B. kann die Klägerin die Zahlung des doppelten Angeldes nur dann verlangen, wenn die Belangten allein die Schuld daran tragen, daß der förmliche Kaufs- und Verkaufsvertrag bis zum 15. Juli 1856 nicht abgeſchloſſen werden konnte. Dies iſt aber, wie ſchon der erſte Richter dargethan, nicht erwieſen, denn die Realität gehörte, wie beiderſeits zugeſtanden wird, zum Nachlaß des M. Die Nachlaßverhandlung war noch nicht durchgeführt, ja es ſcheinen noch keine Erbserklärungen vorgelegen zu ſein. Es iſt ſonach keine Sicherheit vorhanden, daß die Realität gerade auf jene Perſonen übergehen ſollte, welche die Punctationen abgeſchloſſen. Zudem befand ſich unter letzteren Perſonen auch die noch minderjährige D, welche für ſich gar nicht berechtigt war, ſich in einen Vertrag einzulaſſen; die Punktation war alſo ihr gegenüber offenbar nichtig. Alle dieſe Thatſachen wußte die Klägerin; ſie mußte daher vorausſehen, daß Hinderniſſe eintreten werden, die vielleicht gar nicht und in jedem Falle ſchwer in ſo kurzer Zeit bis zum 15. Juli 1856 zu beheben ſein werden. Dieſe Schwierigkeiten trafen auch wirklich ein und als die B dies erkannte, ſtellte ſie noch vor dem 15. Juli das erhaltene Angeld zurück. In dieſer Beziehung trifft ſie kein Verſchulden und dadurch iſt der Anſpruch der Klägerin auf Zahlung des doppelten Betrages des Angeldes nicht begründet.

Nr. 4551.

Proceßführung des Gemeindevorſtandes Namens der Gemeinde: Unzuläſſigkeit der Auftragung des Eides über fremde Handlungen.

Entſch. v. 4. April 1872, Nr. 14893 (Beſt. des Urth. des K. G. Königgrätz v. 23. Juni 1871, Nr. 3326, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 3. Oct. 1871, Nr. 26078). G. H. 1872, S. 292.

„Wenn auch moraliſche Perſonen im Verhältniſſe gegen andere gleiche Rechte und Pflichten haben und die Gemeinde nach Außen durch den Gemeindevorſtand als verwaltendes und vollziehendes Organ vertreten wird, ſo führt dennoch der Gemeindevorſtand den gegen die Gemeinde angeſtrengten Rechtsſtreit nicht im eigenen Namen, ſondern im Namen der Gemeinde und kann ihm daher nach §. 207 a. G. O. in dieſem Proceſſe ein Haupteid nur über ſeine eigenen Handlungen aufgetragen werden."

Mit dieſer Begründung wurde vom oberſten Gerichtshofe in dem Proceſſe des A gegen die von ihrem Vorſtande vertretene Gemeinde B ptco. Zahlung des von C, Oberförſter der beklagten Ge-

meinde, dem Kläger verſprochenen Lohnes für das Zerſägen von Holzklötzen zu dem von der Gemeinde geführten Bau eines Forſthauſes, der von ihm dem Gemeindevorſtand über das Klagefundament aufgetragene Haupteid als unzuläſſig angeſehen und die Klage des A, bei dem Mangel anderer Beweismittel abgewieſen.

Nr. 4552.

Auftragung des irreferiblen Haupteides im Namen eines Cridars, deſſen Aufenthalt unbekannt iſt. Unzuläſſigkeit der Auferlegung eines referiblen Haupteides ſtatt des von der Partei aufgetragenen irreferiblen.

Entſch. v. 4. April 1872, Nr. 169 (Beſt. des das Urth. des B. G. Braudeis v. 20. Dec. 1869, Nr. 4154, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 29. Auguſt 1871, Nr. 28170). G. Z. 1872, Nr. 81.

In der Rechtsſache des Verwalters der A'ſchen Concursmaſſe wider B peto. Zahlung von 3000 fl. wurde klägeriſcherſeits zum Beweiſe des abgeleugneten Klagefundamentes, daß nämlich B gelegentlich ſeines Eintrittes in die Pachtung der von C in Beſtand genommenen Güter dem A für Meliorationen desſelben in dieſen Gütern die Zahlung von 3000 fl. verſprochen habe, dem B der unrückſchiebbare Haupteid aufgetragen und wurde in erſter Inſtanz auf dieſen irreferiblen Eid erkannt, wogegen das O. L. G. die Klage unbedingt abwies.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz mit folgenden die Eidesdelation betreffenden Erwägungen: Dem Delaten kann die Wahl zwiſchen Ablegung und Zurückſchiebung des Haupteides in der Regel nicht benommen werden. Das Hofdecret vom 26. April 1842, J. G. S. Nr. 610, welches die bezügliche Ausnahme feſtſetzt, ſpricht ausdrücklich nur von dem Fall, wenn der Eid nicht zurückgeſchoben werden könnte, d. i. wenn — wie die Eingangsworte lauten — der Deferent den zurückgeſchobenen Haupteid anzunehmen nicht vermöchte. Dafür, daß der Cridar A den referirten Eid nicht antreten könnte, wird nun lediglich vorgebracht, daß ſein gegenwärtiger Aufenthaltsort unbekannt ſei. Dieſer vom Beklagten geleugnete und gegenüber der Einrede-Beilage Nr. 3 unerwieſene Umſtand verdient aber um ſo weniger Beachtung, als die klagende Concursmaſſeverwaltung in ihren Ausführungen das Gewicht vorzüglich darauf legt, daß der Cridar wegen ſtrafbarer Colluſion mit dem Beklagten den Eid im Rückſchiebungsfalle nicht ablegen würde. Es ſoll alſo die Irreferibilität nicht ſowohl wegen Vorhandenſeins der Vorausſetzung, wovon das citirte Hofdecret ausgeht, als vielmehr deshalb platzgreifen, weil der Deferent den zurückgeſchobenen Eid nicht ablegen

will. Ein ſolches Motiv darf jedoch zur Erweiterung der vom Geſetze ſtatuirten Ausnahme nicht benützt werden, und von amtswegen den irreferibel zugeſchobenen Haupteid rückſchiebbar aufzutragen, iſt der Richter nicht befugt.

Nr. 4553.

Haupteid: Kenntniß der abzuſchwörenden Thatſache. — Exſcindirungsproceß.

Entſch. v. 4. April 1872, Nr. 194 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des H. G. Fehring v. 4. Mai 1871, Nr. 1163 und des O. L. G. Graz v. 11. Oct. 1871, Nr. 8620). G. Z. 1872, Nr. 78.

Die A, Ehefrau des C, hat gegen B die Klage auf Anerkennung ihres Eigenthumes an der von B wegen einer Schuld des C in Execution gezogenen Hausfahrniß und auf Entpfändung derſelben angeſtellt und zum Beweiſe der gegneriſcherſeits abgeleugneten Eigenthumserwerbung durch die von ihr ſelbſt mit ihren Geldmitteln gemachte Anſchaffung der Einrichtungsſtücke ſich auf die Delation des rückſchiebbaren Haupteides an den Beklagten beſchränkt, welcher erklärte, daß er — was die Klägerin nicht beſtritt — von den bezüglichen Thatſachen keine Kenntniß habe. — Das Gericht erſter Inſtanz hat aus den nachſtehenden Gründen die Delation des Eides für unzuläſſig erklärt und daher, beim Mangel anderer Beweiſe die Klage abgewieſen: Wenngleich die Gerichtsordnung die Delation des Haupteides nicht nur über eigene Handlungen des Delaten, ſondern auch über fremde Handlungen eines Anderen geſtattet, ſo geht doch aus den Beſtimmungen über den Haupteid hervor und iſt durch die Spruchpraxis beſtätigt, daß die Gerichtsordnung die Möglichkeit, daß der Delat dieſe nicht von ihm ſelbſt ausgegangenen Handlungen wiſſe, dabei vorausſetzt, und ſteht der Grundſatz feſt, daß über Thatſachen, wovon der Gegner ſich gar keine Kenntniß durch eigene Wahrnehmung verſchaffen konnte, der Eid demſelben nicht aufgetragen werden kann, um ſo weniger, als nach den Beſtimmungen der Gerichtsordnung der Beiſatz beim negativen Haupteid „ſeines Wiſſens und Erinnerns" keineswegs bedeutet, daß der Schwörende nicht wiſſe, ob die in Frage ſtehende Thatſache ſtattgefunden habe oder nicht, d. i. nicht einen Eid de ignorantia begründet, ſondern die eidliche Ableugnung eines Umſtandes iſt, von welchem der Schwörende in der Lage war, ſich zu überzeugen, an deſſen Eintritt er aber trotzdem ſich nicht erinnert, ſo daß er eine vom Geſetz gebilligte Urſache hat, das Nichteingetretenſein desſelben für wahr zu halten. Es ſteht nun nach der Uebereinſtimmung beider Theile feſt, daß der Beklagte über die von der Klägerin angeführten Umſtände gar keine Kenntniß hat und auch nicht in der

Lage war, ſich Kenntniß zu verſchaffen; er erklärte dies ausdrücklich und wenn er auch hinzuſetzte, „daß er theilweiſe aus eigener Anſchauung vom Gegentheile überzeugt ſei", ſo ändert dieſe äußerſt undeutliche und unbeſtimmte Erklärung nicht die Lage, weil die einzelnen Facta in dieſer Richtung nicht bezeichnet wurden. Andererſeits erklärte die Klägerin ſelbſt die Eidesannahme von Seite des Beklagten, der doch von allen Umſtänden nichts wiſſe, für ſonderbar. — In zweiter Inſtanz wurde das erſtgerichtliche Urtheil aus deſſen Gründen beſtätigt, und der oberſte Gerichtshof verwarf die a. o. Reviſionsbeſchwerde der Klägerin, weil mit Rückſichtnahme auf die Actenlage und auf die mit richtiger Anwendung der §§. 206 und 207 a. G. O. daraus entwickelten Entſcheidungsgründe der erſten Inſtanz in den untergerichtlichen Urtheilen eine Ungeſetzlichkeit oder offenbare Ungerechtigkeit um ſo weniger wahrgenommen werden kann, als der Klägerin auch die im §. 1237 a. b. G. B. bezeichnete Vermuthung entgegenſteht.

Nr. 4554.

Beweislaſt bezüglich der Beobachtung der Teſtamentsförmlichkeiten.

Entſch. v. 4. April 1872, Nr. 627 (Beſt. des Urth. des L. G. Laibach vom 21. März 1871, Nr. 5833, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 13. Oct. 1871, Nr. 12372). G. Z. 1872, Nr. 79.

Die in der Abhandlung der Verlaſſenſchaft des M zur Betretung des Rechtsweges gegen den Teſtamentserben B angewieſenen Inteſtaterben A belangten den B mit der Klage auf Ungiltigerklärung des allographen Teſtamentes wegen formeller Mängel. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf den rückſchiebbar dem Beklagten aufgetragenen Haupteid, daß ſeines Wiſſens und Erinnerns der Teſtamentszeuge E zur Zeit als er das Teſtament unterfertigte, bei ihm nicht als Commis bedienſtet war, von ihm in dieſer Eigenſchaft einen Gehalt nicht bezog und bei ihm nicht in Koſt und Wohnung ſtand. Dagegen gab das O. L. G. dem Klagebegehren unbedingt ſtatt.

Auf die Reviſionsbeſchwerde des Beklagten hat der oberſte Gerichtshof das erſtgerichtliche Urtheil beſtätigt. Gründe: Das O. L. G. iſt in ſeinen Motiven von der ganz richtigen Vorausſetzung ausgegangen, daß die Verweiſung der Kläger auf den Rechtsweg den Sinn und die Folge hat, daß ſie die Mängel des Teſtamentes zu beweiſen haben. Demnach kann es ſich im vorliegenden Proceſſe nicht darum handeln, ob bewieſen ſei, daß M das von ihm ſelbſt bereits unterfertigte Teſtament auch vor dem dritten Zeugen E als ſeinen letzten Willen erklärt habe, ſondern darum, ob die Kläger bewieſen haben, daß M vor dem Zeugen E dieſe Erklärung nicht abgegeben habe. Dieſer

Beweis wurde von ihnen nicht erbracht. Denn der Zeuge E beantwortete den Beisartikel (Bestätigung des Aufsatzes als letzter Wille durch M in gleichzeitiger Gegenwart des E) mit der Aussage, daß er sich darauf nicht erinnern könne. Dagegen bestätigte der Zeuge D den Beisartikel vollinhaltlich mit dem Beisatze, daß er nach der Ankunft des E das Testament wiederholt vorgelesen und M dasselbe als ganz richtig bestätigt habe. Wenn nun auch E ausgesagt hat, daß M diese Bestätigung vor ihm nicht ausgesprochen habe, so kann durch seine Aussage allein der Beweis, daß M die Bestätigung vor ihm nicht erklärt habe, nicht als hergestellt betrachtet werden, weil einerseits dazu die Aussage von zwei Zeugen erforderlich wäre, andererseits der Aussage des E die bestimmte Aussage des D geradezu entgegensteht und überdies E erklärt hat, er sei damals, als er als Testamentszeuge fungirte, zu befangen gewesen, als daß er alle einzelnen Umstände beachtet und sich gemerkt hätte. Unter diesen Umständen wäre die Klage abzuweisen gewesen. Da aber das Gericht erster Instanz die Abweisung nicht unbedingt ausgesprochen, sondern den Beweis über das Dienstverhältniß des E zum Testamentserben mittelst Haupteid zugelassen und der Letztere gegen das erstgerichtliche Urtheil nicht appellirt hat, so kann die unbedingte Abweisung der Kläger in dritter Instanz nicht mehr erfolgen und ist die darauf gestellte Bitte des Revisionswerbers nicht zulässig, sondern es konnte nur mehr die Bestätigung des erstgerichtlichen Urtheiles ausgesprochen und hiemit nur theilweise dem Begehren der Revisionsbeschwerde stattgegeben werden.

Nr. 4555.

Verjährung: „Gehörige Fortsetzung" der Klage.

Entsch. v. 4. April 1872, Nr. 1398 (Best. des das Urth. des B. G. Tabor v. 30. Juni 1871, Nr. 4558, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 9. Oct. 1871, Nr. 30491). G. H. 1872, S. 173.

Das O. L. G. hat der von dem Beklagten B gegen die Entschädigungsklage des A vorgebrachten Einrede der Triennalverjährung nach §. 1489 a. b. G. B. aus folgenden Gründen stattgegeben: Anfangs Juli 1865 wurde dem A der erlittene Schade bekannt, in diesem Zeitpunkte begann daher die Verjährung seines Ersatzanspruches, welche zur Zeit der am 8. April 1867 angestellten Klage 1 Jahr und 9 Monate zurückgelegt hatte. Der Lauf der Verjährung wurde nun durch die Klage nicht unterbrochen, weil dieselbe nicht gehörig fortgesetzt ward, da der Kläger die ihm für die Replik zugestandenen Fristen, von denen die letzte am 30. März 1869 verstrich, unbenützt gelassen und die Replik erst am 1. August 1870 überreicht hat, zu welcher Zeit die im Juli 1865 begonnene Triennalverjährung seines Klageanspruches mithin schon verjährt war.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die Verjährungseinrede abgewiesen. Gründe: Mit dem Ueberschreiten der für eine Satzschrift des Klägers bestimmten Frist verbindet das Gesetz nirgends die Rechtsfolge, daß der Kläger als auf die Fortsetzung des Processes verzichtend oder von der Klage ablassend anzusehen ist, sondern die Resolution vom 14. Juni 1784, J. G. S. Nr. 306, bestimmt nur in lit. b, daß die verspätete Satzschrift nicht mehr anzunehmen sei, wenn der Gegner inzwischen die Inrotulirung der Acten begehrt hat. Bis dahin ist der Kläger auch nach verstrichener Frist berechtigt, die Satzschrift anzubringen, wie wenn er sich die Frist offen gehalten hätte. So lange ihm dieses Recht zukommt und der Gegner durch sein Schweigen es ihm zugesteht, kann davon keine Rede sein, daß der Kläger, indem er die Replik erst nach Ablauf der durch ein eigenes Fristgesuch erwirkten Frist anbringt, die Klage nicht gehörig fortgesetzt habe. Eine solche Annahme ist um so weniger gegründet, als, wenn der Kläger die Replik gar nicht anbringt und der Beklagte die Inrotulirung erwirkt, über die Klage dennoch in merito entschieden werden muß, mithin das Gesetz selbst in diesem Falle den Rücktritt von der Klage nicht annimmt, folglich nicht gesagt werden kann, daß dieselbe nicht ordentlich fortgesetzt wurde. So lange also die in Verhandlung gesetzte Klage von dem Kläger in einer Rechtslage erhalten wird, zufolge welcher von dem Richter in merito darüber erkannt werden muß, mithin so lange der Kläger weder von der Klage absteht noch die Suspendirung der Verhandlung bewirkt, erscheint die Klage als ordentlich fortgesetzt.

Nr. 4556.

Eröffnung einer Grundbuchseinlage für ein bisher nicht eingetragenes Grundstück: Zeitpunkt der Intervention des Oberlandesgerichtes.

Entsch. v. 4. April 1872, Nr. 3326 (Best. des Decr. des O. L. G. Prag v. 26. Februar 1872, Nr. 6318). G. H. 1872, S. 194.

Das bei der Realistanz angebrachte Gesuch des A als Eigenthümer einer in dem Grundbuche noch nicht aufgenommenen Liegenschaft um Einleitung des in den §§. 2 und 20 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 96, zur Ergänzung des Grundbuches (§. 1 lit. b ibid.) vorgeschriebenen Verfahrens wurde dem nach dem citirten §. 2 hiezu berufenen O. L. G. vorgelegt, welches in Erwägung, daß nach §. 1 lit. b und §. 20 des erwähnten Gesetzes die Einleitung dieses Verfahrens durch das O. L. G., erst nach erwirkter Eintragung der bezüglichen Liegenschaft in das Grundbuch zu geschehen hat, die Eintragung selbst aber in erster Instanz dem Real-

gerichte zusteht, — dem vorlegenden Gerichte auftrug, auf das Gesuch des A in der Richtung der erbetenen Eintragung der Liegenschaft das Amt zu handeln und erst in dem Falle und nach der erfolgten Bewilligung der Eintragung die Acten nebst dem Entwurfe der neuen Grundbuchseinlage dem Obergerichte zu seiner, dann erst eintretenden Amtshandlung vorzulegen.

Auf den Recurs des A bestätigte der oberste Gerichthof diese Verordnung mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung.

Nr. 4557.

Kauf auf Probe oder Hingabe zur Probe?

Entsch. v. 5. April 1872, Nr. 13096 (Abänd. der Urth. des B. G. Rattenberg v. 15. Mai 1871, Nr. 1568 und des O. L. G. Innsbruck v. 30. August 1871, Nr. 2417). G. Z. 1873, Nr. 65.

A belangte den B auf Bezahlung des Kaufschillings pr. 289 fl. für einen dem Geklagten verkauften Maulesel sammt Geschirr. B leugnete in der Einrede den behaupteten Kauf, indem er den Sachverhalt in folgender Weise darstellte: Im Juli 1870 sagte A dem B, daß er für ihn einen tauglichen Maulesel wisse, worauf B entgegnete, daß er einen solchen kaufen würde, wenn das Thier ohne Fehler und insbesondere ganz fromm sei. Nun brachte ihm A einen Maulesel mit dem Bedeuten, er solle ihn probiren, der Maulesel koste 270 oder 275 fl. Ohne sich in einen förmlichen Kauf einzulassen, und ohne Vereinbarung über die Summe des Kaufpreises behielt er den Maulesel, um ihn zu versuchen, machte aber sofort die Wahrnehmung, daß derselbe äußerst bösartig sei. Als er dies dem A mit der Bemerkung anzeigte, daß er das Thier nicht kaufen und A darüber nach Belieben verfügen könne, erwiderte A, daß B den Maulesel noch eine Zeitlang behalten möge, indem er ihn dann schon abholen werde, was aber bis zur Stunde nicht geschehen ist. A gab replicando zu, daß der Maulesel anfänglich dem B auf Probe, ohne die Probezeit festzusetzen, überlassen worden sei, erklärte aber die übrigen Behauptungen des B für unrichtig und bemerkte noch, der Beklagte habe den Maulesel um Jacobi 1870 eingespannt, ihm eine beträchtliche Last aufgelegt und erklärt, daß er, wenn das Thier diese Last über den Schaffacherberg hinaufziehe, zufrieden sei und den Maulesel nehme. Auf der Höhe des Berges, wohin A ihn begleitete, mit dem belasteten Thiere angekommen, habe B auf seine Frage, ob er den Maulesel nun behalte, erwidert: „Ja, ich behalte ihn; geh' nur, er ist mir schon recht." Duplicando gab B zu, daß die Probezeit nicht festgesetzt wurde; er leugnete aber, mit dem A um den Maulesel einen Kauf auf Probe abgeschlossen und demselben (auf dem Schaffacherberge) erklärt zu

haben, daß er das Thier behalten wolle. — Das Gericht erſter Inſtanz verurtheilte den B nach dem Klagebegehren unter der Bedingung, daß A durch den dem B deferirten Haupteid den Beweis herſtelle, daß der Letztere im Jahre 1870 von ihm einen Mauleſel ſammt Geſchirr um den Preis von 289 fl. auf Probe gekauft habe, indem es von der Vorausſetzung ausging, daß der vom Kläger behauptete und vom Geklagten widerſprochene Umſtand des Verkaufes auf Probe allein entſcheidend ſei. — Das O. L. G. hingegen ſprach den B klagefrei, wenn er durch den dem A aufgetragenen Haupteid beweiſt, daß um Martini 1870 auf ſeine Erklärung, daß er den Mauleſel nicht nehme und daß A ihn wieder mit ſich nehmen ſolle, A ihn bat, das Thier noch einige Zeit zu behalten, und beifügte, daß er es ſchon abholen werde. Gründe: Geklagter gibt zu, daß er auf die ihm um Jacobi 1870 vom Kläger gemachte Mittheilung, er wiſſe für ihn einen tauglichen Mauleſel, demſelben erwiderte, er würde einen ſolchen kaufen, wenn er ohne Fehler und insbeſondere fromm wäre. Wenn nun in Folge dieſer Erklärung der Kläger bald darauf einen Mauleſel zum Geklagten gebracht und ihm geſagt hat, er ſollte denſelben probiren und ſich dabei über den Kaufpreis dahin ausgeſprochen hat, daß der Mauleſel 275 fl. und das Geſchirr 14 fl. koſte, ſo können dieſe Aeußerungen im Zuſammenhange mit der früheren Erklärung des Geklagten, einen Mauleſel kaufen zu wollen, nur als Antrag eines Verkaufes auf Probe um den ausgeſprochenen Preis ausgelegt werden, da man vernünftiger Weiſe dem Eigenthümer des Mauleſels nicht die Abſicht zumuthen kann, daß es dem Geklagten freiſtehen ſollte, den Mauleſel durch eine weder durch Geſetz noch durch Vertrag beſtimmte Zeit der Probe zu unterziehen und nach Belieben ohne weiters zurückzuſtellen. Da nun Geklagter, wie er ſelbſt zugibt, auf dieſen Antrag hin, ohne gegen den geforderten Kaufpreis irgend eine Einſprache zu erheben, den Mauleſel zu probiren unternommen hat, ſo muß man annehmen, daß mit beiderſeitiger Einwilligung ein Kauf auf Probe um den geforderten Preis zu Stande gekommen und daß nach den §§. 1080 und 1082 a. b. G. B. nach Verlauf von drei Tagen der Kauf als unbedingt abgeſchloſſen und der Geklagte als Eigenthümer der Kaufsſtücke anzuſehen geweſen ſei, weil er vor Verlauf der geſetzlichen Probezeit vom Kaufe nicht zurückgetreten iſt. Die Behauptung des Geklagten, daß er den Mauleſel nur zu ſich genommen habe, um ihn der Probe zu unterziehen und ſich erſt nach der Probe in einen wirklichen Kauf einlaſſen wollte, verdient keine Beachtung, weil dieſe weder ſelbſtverſtändliche noch aus den Umſtänden erkennbare Willensmeinung von ihm nicht ausgeſprochen worden iſt. Die Richtigkeit dieſer Auslegung wird auch dadurch beſtärkt, daß Geklagter alſogleich nach der Ueberbringung des Mauleſels denſelben einer Probe unterzogen und, wie er ſelbſt zugeſteht, zum Ziehen tauglich gefunden hat und ihn nur noch als Saumthier prüfen wollte, aber dennoch denſelben nicht

nur während der gesetzlichen Probezeit, sondern durch längere Zeit ohne Einwendung behalten und gebraucht hat. Die auf der Höhe des Schaffacherberges nach der Angabe des Klägers erfolgten gegenseitigen Erklärungen wären für die Frage, ob sich daraus auf einen wirklichen Kauf schließen lasse, nur dann in Betracht zu ziehen, wenn nicht schon früher ein Kauf auf Probe zu Stande gekommen wäre. Was den Betrag des Kaufpreises anbelange, so hat der Geklagte zugegeben, daß Kläger erklärte, daß der Maulesel 275 fl. und das Geschirr 14 fl. koste und nur widersprochen, daß er den vom Kläger ausgesprochenen Kaufpreis ausdrücklich oder stillschweigend angenommen habe. Die stillschweigende Annahme im Sinne des §. 863 a. b. G. B. muß aber nach dem Obgesagten gefolgert werden. Allein der Geklagte behauptete noch, daß Kläger um Martini 1870 zu ihm gekommen sei und daß auf seine Erklärung, er wolle den Maulesel nicht, Kläger solle denselben mitnehmen, Letzterer ihn gebeten habe, er möge ihn noch eine Zeit lang behalten, er (Kläger) werde denselben schon abholen. Wenn nun diese vom Kläger widersprochene Behauptung durch den ihm darüber aufgetragenen Haupteid erwiesen wird, kann man entweder annehmen, daß die Parteien schon ursprünglich einen Kauf auf Probe beabsichtigten, oder muß man, was der Kläger selbst zugibt, diese Erklärungen als eine einverständliche Aufhebung des Kaufvertrages, beziehungsweise als eine Verzichtleistung des Klägers auf seine Rechte aus dem Verkaufe ansehen. Es war daher der Haupteid über diesen entscheidenden Umstand zuzulassen.

Der oberste Gerichtshof erkannte mit Abänderung beider unteren Urtheile auf den vom Kläger dem Beklagten aufgetragenen Haupteid darüber, daß der Letztere, als er mit dem ihm vom Kläger übergebenen Maulesel über den Schaffacherberg fuhr und vom Kläger aufgefordert wurde, sich zu erklären, ob er das Thier behalte oder nicht, erwidert habe: Ja, ich behalte den Maulesel; geh' nur, er ist schon recht, — und verurtheilte für den Fall des erbrachten Beweises den Geklagten nach dem Klagebegehren. Gründe: Der Geklagte behauptet in der Einrede, daß er, als der Kläger um Jacobi 1870 ihm mittheilte, daß er für ihn einen tauglichen Maulesel wisse, sich bereit erklärte einen zu kaufen, wenn er ohne Fehler und fromm wäre; daß auf dieses hin der Kläger ihm ein solches Thier brachte, mit dem Bedeuten, er solle es probiren, und den Preis auf 270 bis 275 fl. bestimmte, worauf der Geklagte, ohne sich in einen förmlichen Kauf einzulassen und insbesondere ohne Verabredung und Vereinigung über die Summe des Kaufpreises das Maulthier behielt, um es zu versuchen. Diese Umstände, mit Ausnahme der Erklärung, für die Frömmigkeit des Thieres gutzustehen, müssen, weil vom Kläger nicht ausdrücklich widersprochen, im Sinne des §. 11 westg. G. O. für wahr gehalten werden. Daraus ergibt sich aber, daß zwischen den Parteien kein Kauf auf Probe im Sinne des §. 1080 a. b. G. B. ab-

geſchloſſen wurde, da weder der Kaufpreis einverſtändlich feſtgeſetzt, noch die Probezeit vereinbart worden iſt. Es beſtand zwiſchen ihnen blos das Uebereinkommen, Geklagter ſolle das Thier probiren und dann ſich über den ihm gemachten Antrag äußern. Man muß daher unterſuchen, ob etwa in der Folge ſich Thatſachen ereignet haben, die zur Annahme berechtigen, daß der vom Kläger angeführte Kaufvertrag zu Stande gekommen und abgeſchloſſen worden iſt. Nun behauptet der Kläger, daß kurz darauf, als der Geklagte mit dem Maulthier über den Schaffacherberg fuhr, Kläger ihm ſagte: Alſo, wie iſt es mit dem Mauleſel? Ich muß zurück, ich will wiſſen, ob du ihn behälſt oder nicht, und daß der Geklagte darauf bejahend antwortete. Wenn dieſe geklagterſeits geleugneten Aeußerungen wahr wären, ſo läge die Einwilligung des Geklagten zu dem ihm vom Kläger vorgeſchlagenen Vertrage und unter den bekannten und ſchon vom Kläger geſtellten Bedingungen vor und der Kaufvertrag müßte als abgeſchloſſen angeſehen werden. Der darüber angetragene Beweis durch den vom Kläger deferirten Haupteid iſt daher entſcheidend.

Nr. 4558.

Bereicherungsklage auf Grund des Art. 83 W. O.: Vorausſetzung und Umfang des Entſchädigungsanſpruches. — Vertretungsleiſtung: Eigenes Intereſſe an der Sache als Bedingung derſelben.

Entſch. v. 5. April 1872, Nr. 15351 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 14. Februar 1871, Nr. 4282 und des O. L. G. Wien vom 4. Oct. 1871, Nr. 14613). G. Z. 1872, Nr. 46.

A trat gegen B als Acceptanten eines Wechſels pr. 20.000 fl., da der wechſelrechtliche Anſpruch bereits erloſchen war, mit der Bereicherungsklage nach Art. 83 W. O. auf, behauptend, daß er den Wechſel aus der Concursmaſſe des Ausſtellers an ſich gelöſt und daß B ſeinerzeit die Valuta pr. 20.000 fl. erhalten habe, derſelbe daher im Falle der Nichtzahlung mit dem Schaden des Klägers ſich bereichern würde. Ihm ſchloß ſich C als Vertretungsleiſter mit dem Beifügen an, daß er, mit der Entſtehung des Wechſelgeſchäftes aus eigener Wahrnehmung bekannt, zur Ablegung der darüber, insbeſondere über den Valutaempfang des Geklagten demſelben referibel aufgetragenen Haupteide im Rückſchiebungsfalle bereit ſei. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf Abweiſung des Klagebegehrens; denn die Entſchädigungsklage nach Art. 83 W. O. aus dem Titel der Bereicherung iſt nur dann und in ſo weit zuläſſig, als ſich ſonſt der Acceptant mit dem Schaden des Wechſelinhabers bereichern würde. Der Schaden des letzteren (§. 1293 a. b. B. G.) iſt aber der Vermögensnachtheil,

der ihn treffen würde, wenn jene Summe unberichtigt bliebe, die er für die Erwerbung des Wechſels ausgegeben hat; mit nichten gibt aber der Art. 83 dem Kläger das Recht, die verſchriebene Wechſelſumme oder den Betrag, der dem Acceptanten als Valuta zufloß, zu verlangen, und durch dieſe Klage auch den Entgang jenes Gewinnes zu verhüten, welch' letzteren er bei Erwerbung des Wechſels im Auge hatte. Nun hat Kläger nirgends dargethan, um welchen Preis er den Wechſel aus der Concursmaſſe des Ausſtellers an ſich brachte. Würden aber auch die vom Kläger angebotenen Eide als relevant zu betrachten ſein, ſo könnte auf dieſe Beweismittel nicht erkannt werden, weil die Ablegung der Eide im Rückſchiebungsfalle durch C erfolgen ſoll, dieſer aber als Vertretungsleiſter nicht zugelaſſen werden kann. Die Vertretungsleiſtung darf nämlich nicht von Seite einer beliebigen Perſon, ſondern nur ſeitens Desjenigen erfolgen, von dem ſie die betreffende Proceßpartei zu fordern berechtigt iſt. Hierüber gibt nicht das IV. Capitel der a. G. O. Aufſchluß. Aus den Beſtimmungen über die Gewährleiſtung, beziehungsweiſe aus jener des §. 931 a. b. G. B. folgt, daß der Vertretungsleiſter ein eigenes, mittelbares Intereſſe an dem Ausgange haben muß: das Intereſſe, ſeinen Beiſtand dem Streittheile deshalb zu leihen, um demſelben, wenn er ſachfällig wird, nicht zum Schadenerſatze verpflichtet zu ſein. Daß C ein ſolches Intereſſe dem Kläger gegenüber habe, iſt aber durchaus nicht erſichtlich. Der Kläger mag den C, wenn dieſer von den klagebegründenden Thatſachen durch eigene Wahrnehmung Kenntniß hat, als Zeugen anführen, als welcher jedoch C nur zum Zeugeneide zugelaſſen werden kann, — wenn geſetzliche Bedenken gegen ihn nicht vorgebracht wurden. Würde er aber als Vertretungsleiſter behandelt, ſo iſt er Proceßpartei und der Gegner nicht mehr in der Lage, gegen deſſen Zulaſſung zum Parteieneid dasjenige einzuwenden, was er gegen die Beeidigung des C als Zeuge hätte vorbringen können. Die Einführung des C als Streittheil iſt daher eine ganz unzuläſſige Beeinträchtigung der proceſſualen Stellung des Geklagten.

Gegen das die erſtgerichtliche Entſcheidung beſtätigende Erkenntniß der zweiten Inſtanz ergriff der Geklagte die a. o. Reviſionsbeſchwerde, welche von dem oberſten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen wurde, daß die Untergerichte die Beiziehung des C als Vertretungsleiſter zum Zwecke der Leiſtung des Haupteides über den Valutaempfang des Geklagten mit Recht als unzuläſſig erkannt haben, weil das Beſtehen eines Rechtsverhältniſſes zwiſchen C und dem Kläger, welches eine Haftung des Erſteren gegen den Letzteren zu begründen geeignet wäre und erkennen ließe, nicht erwieſen wurde, und mit den Beſtimmungen der a. G. O. über die Beweisarten es unvereinbar wäre, einem Streittheil zu geſtatten, irgend eine dritte Perſon, die zu ihm in keinem die Vertretungsleiſtungsverbindlichkeit begründenden Verhältniſſe ſteht, und mit deren Zeugenausſage er einen gerichts-

ordnungsmäßigen Beweis nicht herstellen kann, in dem Proceß als Vertretungsleister einzuführen; daß aber, selbst unter der Voraussetzung des hergestellten Beweises des Empfanges der Wechselvaluta von 20.000 fl. das auf Art. 83 W. O. basirte Klagebegehren der nöthigen rechtlichen Begründung entbehrt, weil nach Art. 83 W. O. der Acceptant eines verjährten oder präjudicirten Wechsels dem Inhaber desselben nicht einfach für die im Wechsel ausgedrückte Summe, sondern nur in so weit er sich mit des Inhabers Schaden bereichern würde, verpflichtet bleibt, weil sonach zur Geltendmachung des auf den Art. 83 gestützten Schadloshaltungsanspruches der Nachweis des dem Acceptanten zugegangenen Werthes an und für sich nicht genügt, sondern auch der erbrachte Nachweis des dem Inhaber durch die Nichteinlösung des Wechsels zugehenden Schadens (welcher, da der diesfällige Anspruch des Wechselinhabers nur ein gemeinrechtlicher ist, nur in dem Entgange des für den Wechsel gegebenen Werthes bestehend angesehen werden kann) erforderlich war.

Nr. 4559.

Actio negatoria: Beweislast. — Beweis des Eigenthums durch den Steuerkataster?

Entsch. v. 5. April 1872, Nr. 1479 (Best. des das Urth. des B. G. Krzeszowice v. 3. Mai 1871, Nr. 1616, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 17. Oct. 1871, Nr. 10653). G. Z. 1872, Nr. 103.

Zwischen den Grundstücken des A und B, welche vor 30 Jahren einer Stammwirthschaft des M angehörten, liegt eine die Grundstücke trennende Parcelle (Nr. 1485) unfruchtbaren Bodens, welche zum Fahrwege, zum Viehtriebe und zur Viehweide benutzt wurde. Weil diese Parcelle im Steuerkataster auf den Namen des A eingetragen ist, verwehrte derselbe dem Nachbar B den Viehtrieb, das Viehweiden und das Fahren auf der obigen Parcelle, was im Laufe von 20 Jahren zu Gewaltthätigkeiten, Besitzstörungsverhandlungen und Ausgleich Anlaß gab. Da endlich A in possessorio summariissimo sachfällig geworden war, belangte er den B auf Anerkennung seines ausschließlichen Eigenthumsrechtes an der Parcelle Nr. 1485 und wegen Anmaßung von Feldservituten. — Da die Parcelle Nr. 1485 im Jahre 1847 bei der Katastralvermessung und im Jahre 1848 bei der Robotaufhebung im Besitze des A sich befand, hat das Gericht erster Instanz dieselbe als sein ausschließliches Eigenthum angesehen und nachdem die einvernommenen Zeugen, die Erwerbung eines nach §. 480 a. b. G. B. zur Erwerbung einer Dienstbarkeit tauglichen Titels nicht bestätigt haben, dem Klagebegehren in der Erwägung stattgegeben, daß dem Kläger kraft des Eigenthumes nach §. 354 a. b. G. B. das Recht

zuſteht, mit der Parcelle Nr. 1485 nach Willkür zu ſchalten und von deren Benutzung den B auszuſchließen. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewieſen: Der Auszug aus den Kataſtralacten über die Angehörigkeit der Parcelle Nr. 1485 zu der Realität des A beweiſet nicht ſein Eigenthum, — im gegenwärtigen Falle um ſo weniger, als dieſe Parcelle in der Eigenſchaft als unfruchtbarer Boden der Beſteuerung nicht unterzogen wurde. Auch haben die Zeugenausſagen das Rechtsverhältniß des Klägers und des Geklagten bezüglich dieſer Parcelle bei der Theilung der Grundſtücke ihres Vorbeſitzers M nicht in das Klare geſetzt, und aus der Thatſache, daß die Vorfahren des B den A um die Bewilligung der gemeinſchaftlichen Benützung der Parcelle Nr. 1485 gebeten und hiedurch das Eigenthumsrecht des A anerkannt haben, kann auf die Eigenthumsanerkennung des B nicht geſchloſſen werden. Es iſt daher die Eigenthumsklage des A im Sinne des §. 369 a. b. G. B. nicht begründet und das Eigenthum der Parcelle Nr. 1485 nicht erwieſen, weil nach §. 380 a. b. G. B. ohne geſetzlichen Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kein Eigenthum erlangt werden kann.

Der oberſte Gerichtshof hat das obergerichtliche Urtheil beſtätigt. Gründe: Die Regiſter und Protokolle des Steuerkataſters ſind lediglich zum Zwecke der Beſteuerung aufgelegt, und ſind gar nicht beſtimmt, über die Frage, wer der rechtliche Beſitzer oder Eigenthümer der zu beſteuernden Gründe iſt, einen Beweis herzuſtellen; ſie können alſo nach §. 179 weſtg. G. O. hierüber durchaus nicht die Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden anſprechen. Es hat alſo Kläger den von B widerſprochenen Umſtand, daß er der Eigenthümer der Grundparcelle Nr. top. 1485 ſei, durchaus nicht erwieſen und hiemit ſeine Berechtigung zur Klage auf Aberkennung der Dienſtbarkeit nach §. 523 a. b. G. B. nicht dargethan und mußte ſchon darum mit ſeiner Klage abgewieſen werden. Dazu kommt, daß in dem von dem Kläger beigebrachten Auszuge aus dem Kataſtralvermeſſungs- und Schätzungsanſchlage die ſtreitige Grundparcelle zwar als ein Zugehör der Realität des Klägers, aber als unproductiver und darum unverſteuerter Boden verzeichnet iſt, wodurch die Einwendung des B, daß die ſtreitige Parcelle ein unbebauter, gemeinſchaftlich benützter Weg ſei, weſentlich unterſtützt wird. Nachdem endlich das Ergebniß des Zeugenbeweiſes durchaus kein ſolches iſt, daß hieraus die Anmaßung der Servitut ſeitens des Geklagten als erwieſen angenommen werden könnte, weil der Umſtand, daß der Kläger gleich nach dem Eintritt des B in den Beſitz ſeiner Realität dieſem die Benützung des fraglichen Weges zu verwehren begonnen hatte, nur dann von Weſenheit wäre, wenn erwieſen würde, daß B ſich dem Verbote des Klägers gefügt habe (§. 351 a. b. G. B.), aus den Ausſagen der Zeugen aber ſich vielmehr das Gegentheil deſſen ergibt, indem die Zeugen in der Mehrzahl beſtätigen, daß zwiſchen beiden Theilen wegen der Be-

nützung dieſer Parcelle beſtändig Streite geführt wurden, ſo kann in keinem Falle angenommen werden, daß Kläger wider den die Vermuthung des rechtlichen Beſitzes für ſich habenden Geklagten den Beweis der Anmaßung der Servitut, d. h. des Abganges jedes rechtlichen Titels zu dieſer Servitut geliefert hätte.

Nr. 4560.

Lohn- oder Vollmachtsvertrag?

Entſch. v. 9. April 1872, Nr. 12361 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Schlan v. 8. Oct. 1870, Nr. 7068 und des O. L. G. Prag v. 14. März 1871, Nr. 8005). G. Z. 1872, Nr. 79.

Nach den Anführungen der klagenden Eheleute A, welche dafür den Zeugenbeweis antrugen, wurden ſie von M aufgefordert, die Verwaltung ſeiner Güter und die Führung ſeines Hausweſens in Podleſin zu übernehmen; in Folge dieſer Aufforderung, die M mit der Erklärung begleitete, daß er ſie für ihre Dienſte belohnen werde, überſiedelten die Kläger nach Podleſin und führten dort die Verwaltung und das Hausweſen durch ſechs Jahre in der Art, daß der Kläger A die Feldarbeiten beſorgte, alles hiezu Erforderliche herbeiſchaffte, von den verpachteten Feldern den Pachtzins einhob, Bauführungen, welche unternommen wurden, beaufſichtigte, die Verpachtung eines Wirthshauſes vermittelte und unzählige nothwendige Gänge machte, während die Mitklägerin die Hauswirthſchaft führte, viele darauf bezügliche Dienſte verrichtete und außerdem den ſiech gewordenen M wie eine Wärterin pflegte. Als der Kläger A einmal die Pacht eines Bräuhauſes für ſich übernehmen wollte, wurde er durch die wiederholte Bitte des M, ihn nicht zu verlaſſen, und durch deſſen Erklärung, daß er nicht verkürzt ſein werde, zum Bleiben beſtimmt. Auf Grund dieſes Sachverhaltes belangten die Eheleute A den B, als Erben des M, auf Zahlung eines Geſammtlohnes von 3500 fl. Außer dem Widerſpruch gegen die Anführungen der Kläger brachte der Beklagte die Einrede vor, daß die Kläger erſt über die eingenommenen Gelder Rechnung ablegen müßten. — Beide Untergerichte haben dieſer Einwendung ſtattgegeben und die Kläger für dermalen abgewieſen, weil nach ihrer Anſicht hier eine zur Rechnungslegung verpflichtende Geſchäftsführung der Kläger, eine Verwaltung fremden Vermögens vorliegt und die Rechnungsablage eine Bedingung iſt, nach deren Eintritt die Kläger erſt eine Forderung ſtellen können.

Vom oberſten Gerichtshof wurde aber auf den Zeugenbeweis der Kläger und den Gegenbeweis des Beklagten erkannt. Gründe: Für die Entſcheidung des Proceſſes iſt jedenfalls die Frage von weſentlichem Belang: ob das zwiſchen den Klägern einerſeits und

dem M anderertheils in Beziehung auf die Bewirthschaftung seiner Realitäten und die Besorgung seines Hauswesens bestandene Rechtsverhältniß ein Lohn- oder ein Vollmachtsvertrag gewesen sei. Da nun der von den Klägern angebotene Zeugenbeweis und der vom Beklagten ebenfalls mittelst Zeugen angetragene Gegenbeweis geeignet erscheinen, das zur richtigen Beurtheilung des obwaltenden Rechtsverhältnisses erforderliche thatsächliche Material zu liefern, so mußten die diese Beweisführung unberücksichtigt lassenden Urtheile der Untergerichte auf Zulassung jener Beweise im Sinne des Hofdcr. vom 22. Juni 1835, J. G. S. Nr. 42, abgeändert werden.

Nr. 4561.

Sequestration einer streitigen Sache wegen Gefahr der Veräußerung der Früchte.

Entsch. v. 9. April 1872, Nr. 3573 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Canale v. 16. Mai 1871, Nr. 4531 und des O. L. G. Triest vom 7. Februar 1872, Nr. 1351). G. H. 1872, S. 303. G. Z. 1872, Nr. 66.

Unter Berufung auf die Eigenthumsklage, mit welcher A die B auf Herausgabe einer Liegenschaft und der Früchte belangt hatte, begehrte der Kläger die Sequestration des Streitobjectes, weil die Beklagte, eine ganz vermögenslose Person, die Früchte während des Processes beziehen und veräußern würde. — Von beiden Untergerichten wurde die Sequestration nach §. 293 a. G. O. gegen Caution des Klägers bewilligt. — Dagegen ergriff die B den a. o. Revisionsrecurs, in welchem sie geltend machte, daß die im §. 293 a. G. O. als Bedingung der Sequestration bezeichnete Gefahr sich auf die Substanz und den Mißbrauch der Sache selbst, nicht der Früchte derselben beziehe, weil sonst jede nutzbringende Sache ohne weiters sequestrirt werden könnte, und daß die Recurrentin durch den gewöhnlichen, ordnungsmäßigen Bezug der Früchte des in ihrem Besitze befindlichen Grundstückes nur von ihrem Rechte als Besitzerin den gesetzmäßigen Gebrauch mache, der ihr nicht entzogen werden dürfe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil A mit der Klage nicht nur den Besitz, sondern auch die Früchte des Grundstückes in Anspruch genommen hat, welche Früchte nach dem Geständnisse der Beklagten selbst veräußert werden sollen, mithin alle Erfordernisse des §. 293 a. G. O. — Bescheinigung der Gefahr und Caution des Klägers — erfüllt sind.

Nr. 4562.

Execution auf Tabakvorräthe.

Entſch. v. 9. April 1872, Nr. 5366 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des B. G. Umgebung Graz v. 12. Jänner 1872, Nr. 389 und des O. L. G. Graz v. 15. Februar 1872, Nr. 1704). G. Z. 1872, Nr. 80.

Nachdem der dem B proviſoriſch bewilligte Verſchleiß von Tabak und Cigarren durch Verordnung der Finanzbehörde wieder eingeſtellt worden war, erwirkte ſein Gläubiger A im Executionswege die Pfändung und Schätzung der bei B verbliebenen Tabakſorten und begehrte ſodann die executive Verſteigerung, welche aber von beiden Untergerichten, — in zweiter Inſtanz in der Erwägung verweigert wurde, daß nach dem in Geltung ſtehenden Hofder. vom 13. October 1844, J. G. S. Nr. 840, der Tabak- und Stempelverſchleiß nur auf dem Wege der Sequeſtration zur Befriedigung privatrechtlicher Forderungen in Anſpruch genommen werden kann; daß die Unzuläſſigkeit der Pfändung ſolcher Gegenſtände des Staatsmonopols auch ſchon aus der Eigenſchaft der Objecte hervorgeht, indem der Verſchleißer zu dem unaufgehaltenen Vertrieb dieſer Artikel nicht nur berechtigt, ſondern im öffentlichen Intereſſe auch verpflichtet iſt, daher das citirte Geſetz für dieſe Gegenſtände eben nur die Sequeſtration als zuläſſig erklärt; daß mithin das Begehren um die Feilbietung der gepfändeten Tabak- und Cigarrenſorten unſtatthaft iſt, ſo wie die vollzogene Pfändung und Schätzung derſelben ungeſetzlich war.

Der a. o. Recurs des A, worin er geltend machte, daß die zur Zeit der Pfändung bei B, welcher damals nicht Verleger war, gefundenen Tabakſorten gerade ſo ſein Eigenthum geweſen ſeien, wie Jedermann derlei Vorräthe ſich anſchaffen und aufbewahren könne, daß ferners das citirte Hofdecret nur auf Tabaktrafiken Anwendung habe, indem für die im Privatbeſitze angetroffenen Tabak- und Cigarrenſorten nur die §§. 438 und 433 der Staats- und Monopolsordnung vom 11. Juli 1835 und das Hofdecr. vom 11. Mai 1841, J. G. S. Nr. 535, maßgebend ſeien, — wurde vom oberſten Gerichtshofe mit der Erklärung verworfen, daß in den angefochtenen Entſcheidungen nach Inhalt der obergerichtlichen Motive und auch deshalb eine Ungeſetzlichkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden kann, weil der Recurrent unterlaſſen hat, im Sinne des Hofdecretes vom 11. Mai 1841, J. G. S. Nr. 535 und des kaiſ. Patentes vom 29. November 1850, R. G. Bl. Nr. 462, §. 11, lit. c, die gefällsbehördliche Bewilligung beizubringen.

Nr. 4563.

Aufnahme eines Notariatsactes zur Bekräftigung einer bereits errichteten Privaturkunde über Ehepacten.

Entſch. v. 9. April 1872, Nr. 3590 (Beſt. des das Decr. der Notariatskammer in St. Pölten v. 10. Dec. 1871, Nr. 122, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 15. Februar 1872, Nr. 2570). Zeitſchrift f. d. Notariat 1872, Nr. 20. Jur. Bl. 1872, Nr. 12.

Der Advocat A hatte für ein Ehepaar die Ehepacten verfaßt und erſuchte nach der Unterzeichnung derſelben durch die Contrahenten den Notar B um Aufnahme eines Notariatsactes über die Ehepacten zum Zwecke der Convalidirung nach der Vorſchrift des §. 1 des Geſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76. Da der Notar ſich deſſen weigerte, führte A Beſchwerde bei der Notariatskammer, welche ihn mit folgender Motivirung abwies: Das citirte Geſetz bezeichnet Ehepacten u. ſ. w. als Verträge, zu deren Giltigkeit ein Notariatsact erforderlich iſt, welche daher als Privaturkunden ungiltig ſind. Der §. 54 der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75, ſtellt es den an einer Privaturkunde Betheiligten frei, über dieſelbe einen Notariatsact aufnehmen zu laſſen; dieſer Paragraph kann ſich daher nicht auf den Fall beziehen, in welchem zur Giltigkeit des Vertrages von vornherein ein Notariatsact von dem Geſetze (§. 1 des Geſetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 76) gefordert wird. Demnach war der Notar B durch §. 34 der N. O. verpflichtet, die von ihm verlangte, geſetzlich ungiltige Amtshandlung zu verweigern.

In Uebereinſtimmung mit dem O. L. G. erklärte der oberſte Gerichtshof die Weigerung des Notars als geſetzlich nicht gerechtfertigt. Gründe: Der §. 1 des Geſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76, beſtimmt nur, daß die Giltigkeit der dort bezeichneten Verträge und Rechtshandlungen durch die Aufnahme eines Notariatsactes über dieſelben bedingt iſt. Die Aufnahme eines Notariatsactes kann jedoch, wie ſich aus den Beſtimmungen im I. Abſchnitte des V. Hauptſtückes und insbeſondere aus den §§. 52 und 54 der N. O. ergibt, ſowohl in der vor dem Notar ſelbſt vor ſich gehenden Verabredung und Abſchließung, ſomit in der vor dem Notar unmittelbar erfolgenden Errichtung des Rechtsgeſchäftes beſtehen, als auch die notarielle Bekräftigung einer von den Parteien bereits errichteten Privaturkunde zum Gegenſtande haben. Derlei über Verträge und Rechtshandlungen, deren Giltigkeit durch die Aufnahme eines Notariatsactes bedingt iſt, nach dem 1. November 1871 errichtete Privaturkunden ſind nur ſo lang als rechtsunwirkſam zu betrachten, als ſie nicht in die von dem Geſetze geforderte Form von Notariatsacten gebracht ſind. Daß nun auch eine über ein Rechtsgeſchäft der in Rede ſtehenden Art errichtete Privaturkunde in die die Giltigkeit des Geſchäftes bedingende Form gebracht werden kann, und wie dies zu

bewerkſtelligen iſt, beſtimmt eben der §. 54 N. O., und es kann, hinſichtlich der Rechtswirkung, zwiſchen einem notariell errichteten und einem auf Grund einer ſchon errichteten Privaturkunde notariell bekräftigten Rechtsgeſchäfte ein Unterſchied um ſo weniger gemacht werden, als nach §. 54 N. O. der Notar die ihm zur Aufnahme des Notariatsactes vorgelegte Privaturkunde nach Vorſchrift der §§. 34, 36, 52 und 53 N. O. zu prüfen, mithin hiebei nach eben jenen geſetzlichen Vorſchriften vorzugehen hat, die ihm bei Aufnahme eines Notariatsactes über ein von ihm ſelbſt verabredetes und abgeſchloſſenes Geſchäft zur Beobachtung vorgezeichnet ſind. Hieraus ergibt ſich, daß die Aufnahme eines Notariatsactes über eine bereits errichtete Privaturkunde über ein Geſchäft, deſſen Giltigkeit durch die Aufnahme eines Notariatsactes bedingt iſt, von dem Notar nur in dem Falle eines der Aufnahme des Actes mit Rückſicht auf die Beſtimmungen der §§. 34, 36, 52, 53 N. O. entgegen ſtehenden Hinderniſſes, — nicht aber an und für ſich blos deshalb, weil die Parteien über das Rechtsgeſchäft bereits eine Urkunde errichtet haben, verweigert werden kann.

Nr. 4564.

Meiſtgebotsvertheilung: Vorrecht der Erwerbſteuer im Falle einer Mobilienexecution.

Entſch. v. 9. April 1872, Nr. 3618 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des K. G. Wiener-Neuſtadt v. 19. Jänner 1872, Nr. 185 und des O. L. G. Wien v. 14. Februar 1872, Nr. 2823). Jur. Bl. 1872, Nr. 33.

Bei der Vertheilung des Erlöſes aus einer executiven Mobilienverſteigerung wurde in erſter Inſtanz der angemeldete Erwerbſteuerrückſtand des letzten Jahres allen Pfandgläubigern vorangeſetzt und dieſe Zuweiſung auf das im §. 18 des Erwerbſteuerpatentes vom 31. December 1812 der Erwerbſteuer eingeräumte geſetzliche Pfandrecht und auf das Hofdecret vom 16. September 1825, J. G. S. Nr. 2132, gegründet, nach welchem das geſetzliche Pfandrecht dreijähriger Steuerrückſtände auch außer Concursfällen bei einer executiven Verſteigerung wirkſam iſt. Dagegen recurrirte der Pfandgläubiger A und machte geltend, daß im §. 18 des citirten Erwerbſteuerpatentes nur in Concursfällen dem Fiscus für die Erwerbſteuer jene Rechte vorbehalten werden, die ihm für die übrigen landesf. Steuern im Concurſe zukommen, und daß das Hofdecret vom 16. September 1825, Nr. 2132, nur die Anfrage entſchieden habe: ob und in wieferne den landesfürſtlichen und grundherrlichen Abgaben von unbeweglichen Gütern außer dem Concurſe ein Vorrecht zukomme und wie die Rückſtände derſelben bei der Vertheilung des Kaufſchillings für gerichtlich verſteigerte Realitäten zu berichtigen ſeien. — Das

O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, gleichfalls mit Bezugnahme auf den §. 18 des Erwerbsteuerpatentes vom 31. December 1812 und auf das Hofdecret vom 16. September 1825, Nr. 2132, ohne sich auf die Widerlegung der Gründe einzulassen, mit welchen der Recurrent die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Fall der Mobilienexecution extra concursum bestritt.

Der a. o. Revisionsrecurs des A wurde von dem obersten Gerichtshofe verworfen, weil das gesetzliche Vorrecht der Erwerbsteuer auch außerhalb des Concurses sich keineswegs auf Immobilien beschränkt und weil es sich hier überdies um den Erlös der Versteigerung von Mobilien handelt, die zum Geschäftsbetriebe der Executen gehören.

Nr. 4565.

Voraussetzungen der Execution zur Sicherstellung während des Rechtsmittelzuges.

Entsch. v. 9. April 1872, Nr. 3646 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Pilsen v. 16. Jänner 1872, Nr. 301 und des O. L. G. Prag vom 6. Februar 1872, Nr. 4812). G. H. 1872, S. 178.

Die erstgerichtliche Verordnung, welche in der Rechtssache des A gegen B pcto. Zahlung von 657 fl. den Kläger mit dem Gesuche um die Execution zur Sicherstellung im Zuge der von dem verurtheilten Beklagten ergriffenen Appellation abwies, wurde von dem O. L. G. in der Erwägung bestätigt, daß die Execution zur Sicherstellung während des Verfahrens nur in den vom Gesetze normirten Fällen bewilligt werden kann, in welchen jedoch schon die Klage auf Grund einer vollen Glaubens würdigen Urkunde angebracht worden sein muß, wenn das im §. 298 a. G. O. und in der Minist.-Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, bezeichnete Verfahren Platz greifen sollte; daß aber nach §. 259 a. G. O. und Hofdecret vom 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urtheiles keine Execution, somit auch nicht Execution zur Sicherstellung bewilligt werden darf — wenn nicht die Bedingungen des §. 298 a. G. O. vorliegen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs des A mit Verweisung auf die vorstehende Begründung und dem Beisatze, daß, nachdem durch den §. 4 der Minist.-Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die Execution zur Sicherstellung zunächst für Fälle geregelt wurde, wo auf eine mit Urkunden von der im §. 1 ibid. bezeichneten Art begründete Klage der Zahlungsbefehl erwirkt und von dem Beklagten angefochten ward; nachdem gemäß §. 12 ibid. die Bestimmungen der §§. 4, 5, 6, Absatz 2, 7, 8 und 11 dieser Verordnung nur auf jene Fälle anzuwenden sind, in denen die Exe-

cution zur Sicherstellung während eines anhängigen Processes als provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache nach der Gerichtsordnung zulässig ist, nach dem §. 298 a. G. O. und Hofdecret vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, aber diese Execution nur bei Executionsklagen, über die nicht sogleich der Endspruch erfolgen kann, keineswegs auch auf Grund der im §. 259 a. G. O. erwähnten, der Appellation oder der Revision unterzogenen Urtheile statthaft ist, — das Hofdecret vom 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, durch die Minist.-Verordnung vom 18. Juli 1859, Nr. 130, nicht aufgehoben wurde, sondern für die Fälle des §. 259 a. G. O. nach wie vor in Kraft besteht.

Nr. 4566.

Feilbietungsbedingnisse: Festsetzung einer Frist zum Ansuchen der Meistgebotsvertheilung bei sonstiger Relicitation; Rückgängigmachung der Relicitation durch nachträgliches Ansuchen?

Entsch. v. 9. April 1872, Nr. 3669 (Best. des Decr. des B. G. Dobříš v. 13. Oct. 1871, Nr. 4265, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Nov. 1871, Nr. 38369). Jur. Bl. 1872, Nr. 15.

Die executive Feilbietung einer Liegenschaft war mit dem Bedeuten ausgeschrieben worden, daß der Ersteher binnen einer gewissen Frist bei sonstiger Relicitation um die Vertheilung des Meistgebotes einzuschreiten habe. B erstand das Gut und versäumte die erwähnte Frist, weshalb auf Ansuchen des Executionsführers A die Relicitation angeordnet wurde. Vor dem hiezu bestimmten Tage aber überreichte B das Gesuch um Anberaumung der Tagfahrt zur Vertheilung seines Meistgebotes und um Suspension der Relicitation. Sein Gesuch wurde in erster Instanz in beiden Richtungen abgewiesen; die Relicitation fand statt und A erstand das Gut um einen Preis, der niedriger war, als das Meistgebot des B. Auf den Recurs des Letzteren gegen den abweisenden Bescheid der ersten Instanz cassirte das O. L. G. die Relicitation mit dem Auftrage, die von B begehrte Tagfahrt zur Vertheilung seines Meistgebotes anzuordnen.

In Erwägung, daß B, indem er in die Versteigerung eintrat und das Meistgebot machte, sich mit dem erlegten Vadium und als Personalschuldner den Feilbietungsbedingnissen unterwarf, hiermit zu den Interessenten in ein Vertragsverhältniß trat und insbesondere dem Executionsführer für den Fall der Nichterfüllung auch nur einer Bedingung das Recht der Relicitation einräumte, welches vertragsmäßige Recht nicht als erloschen angesehen werden kann, wenn davon bereits zeitgerecht Gebrauch gemacht worden ist und der Ersteher erst nachher zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten schreiten will; daß der §. 338

(2. Satz) a. G. O. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung hat, da er nicht von der Voraussetzung ausgeht, daß in den Feilbietungsbedingnissen die Relicitation als Sanction für deren Einhaltung bereits ausdrücklich vorgesehen worden ist, — hat der oberste Gerichtshof die Verordnung der ersten Instanz aufrecht erhalten.

Nr. 4567.

Bestandstreitsachen: Recursfrist im Executionsverfahren.

Entsch. v. 9. April 1872, Nr. 3732 (Best. des Decr. des O. L. G. Wien v. 23. März 1872, Nr. 5743). Zeitschr. f. d. Notariat 1872, Nr. 18.

Der oberste Gerichtshof erklärte, daß die Vorschrift in lit. d des §. 15 der kais. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Verfahren in Bestandstreitigkeiten), über die Recursfrist auf alle in dieser Sache, also auch auf die im Executionsverfahren ergehenden Bescheide sich bezieht, indem der Zweck der Abkürzung der Recursfrist ebenso in dem Executionsverfahren, wie in der Streitverhandlung sich geltend macht, und bestätigte daher die obergerichtliche Abweisung des nach Ablauf dieser Frist angebrachten Appellationsrecurses der A gegen den erstgerichtlichen Bescheid, mit welchem das Gesuch derselben gegen ihren Miethsmann B um dessen executive Delogirung in Vollstreckung des von beiden Parteien geschlossenen gerichtlichen Vergleiches, wornach B zur Räumung der Wohnung sich verpflichtet hätte, aus meritorischen Gründen zurückgewiesen worden war.

Nr. 4568.

Forum solutionis: Zusicherung der Zahlung „an" einem bestimmten Markte.

Entsch. v. 10. April 1872, Nr. 13726 (Best. des das Urth. des B. G. Brünn v. 2. August 1871, Nr. 16069, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 5. Oct. 1871, Nr. 11387). G. Z. 1872, Nr. 60.

A, Cessionar des C, welch' letzterer dem Proceß als Vertretungsleister beitrat, belangte den in Wien ansässigen Handelsmann B wegen Zahlung einer Darlehensrestschuld von 100 fl. beim B. G. Brünn als forum contractus, weil B das ihm von C am 25. Februar 1870 „am" Brünner Markt gegebene Darlehen von 200 fl., „am" zweitnächsten Brünner Markt zurückzuzahlen versprochen habe, und deferirte dem Beklagten, welcher, die exceptio declinatoria fori entgegensetzend, diese Thatsache in Abrede stellte und davon abgesehen,

ſie für ungenügend erklärte, den Gerichtsſtand des Vertrages zu begründen, darüber den Haupteid. — In Erwägung, daß nach §. 43 der J. N. zur Begründung des dort bezeichneten beſonderen Gerichtsſtandes der Ort, wo die Zahlung geleiſtet werden ſoll, im Vertrage ausdrücklich beſtimmt worden ſein muß, wogegen die Vereinbarung der Zahlung am Brünner Markt blos die Beſtimmung der Zeit der zu leiſtenden Zahlung enthält, keineswegs aber dadurch Brünn als Zahlungsort feſtgeſetzt iſt, hat das Gericht erſter Inſtanz die Klage wegen Unzuſtändigkeit derſelben ohne Weiteres zurückgewieſen. — Das O. L. G. erkannte auf den obigen Haupteid und machte davon die Entſcheidung der Competenzfrage abhängig. Gründe: Wenn B das ihm am 25. Februar 1870 am Brünner Markt gegebene Darlehen per 200 fl. am zweitnächſten Brünner Markt zurückzuzahlen verſprochen hat, ſo iſt damit nicht nur die Zahlungszeit, ſondern auch der Zahlungsort ausdrücklich und zweifellos beſtimmt worden, denn am Brünner Markt zahlen kann man nur loco Brünn, weil an einem anderen, von Brünn verſchiedenen Ort eine Zahlung zu leiſten wohl zur Zeit des Brünner Marktes, keineswegs aber am Brünner Markte möglich iſt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das oberlandesgerichtliche Erkenntniß aus deſſen Gründen.

Nr. 4569.

Summariſches Verfahren: Zuſtändigkeit des zu ſpät als incompetent abgelehnten Gerichtes zur Entſcheidung über die Proceßkoſten.

Entſch. v. 10. April 1872, Nr. 13942 (Beſt. des Urth. des H. G. Prag v. 26. Juni 1871, Nr. 34552, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 27. Sept. 1871, Nr. 26903). G. Z. 1872, Nr. 60.

Vor der Tagfahrt, welche auf die beim H. G. in Prag angeſtellte Klage des A wider B wegen Zahlung einer Waarenſchuld von 12 fl., der Morazinſen und der Proceßkoſten nach der Vorſchrift über das ſummariſche Streitverfahren anberaumt wurde, überſandte B dem A die 12 fl. und ließ die Tagfahrt unbeſucht, die ſodann auf Anſtehen des nicht vollſtändig befriedigten Klägers reaſſumirt wurde. Bei der zweiten Tagfahrt erſchien der Beklagte und erhob die exc. declinatoria fori, indem er die in der Klage zur Begründung des vertragsmäßigen Gerichtsſtandes in Prag angeführte Thatſache, daß die vom Kläger überſendete und von ihm angenommene Waarenfactura den Beiſatz „zahlbar loco Prag" enthalten habe, ableugnete. Der Kläger erklärte darauf, daß er ihm die Morazinſen nachſehen wolle, allein auf dem ſchon in der Klage geforderten Erſatz der Proceßkoſten beſtehen müſſe, und deferirte dem Beklagten zum Beweis des voran-

geführten Inhaltes der Factura den Haupteid, welchen dieſer zurückſchob. — Das Gericht erſter Inſtanz verurtheilte den Beklagten unbedingt zur Zahlung der Proceßkoſten ohne Rückſichtnahme auf ſeine bei der zweiten Tagfahrt vorgeſchützte Incompetenzeinrede, weil in Folge ſeines Nichterſcheinens bei der erſten Tagſatzung, alle Klageanführungen, alſo auch die Anführung, daß der Kaufpreis für die Waaren loco Prag zu zahlen war, für wahr gehalten werden müſſen. — Das O. L. G. erkannte auf den zurückgeſchobenen Haupteid und verwies den A im Falle der Nichtableiſtung desſelben mit ſeiner Klage an das zuſtändige Gericht.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil. Gründe: Da die Frage der Competenz bezüglich der Waarenſchuld, welche bezahlt, und bezüglich der Zinſenſchuld, die nachgeſehen worden iſt, nicht mehr zur Sprache kommen kann, der Proceß in Haupt- und Nebenſachen beim H. G. in Prag vollſtändig erſchöpft und durchgeführt worden iſt, über die Proceßkoſten aber von demſelben Richter erkannt werden muß, vor welchem die Streitverhandlung ſtattgefunden hat, ſo kann von einer Incompetenz des Prager H. G. bezüglich der Koſten des gegenwärtigen Proceſſes allein keine Rede ſein und mußte daher das die Incompetenzeinrede unberückſichtigt laſſende Urtheil der erſten Inſtanz beſtätigt werden.

Nr. 4570.

Rechnungsproceß: Verurtheilung des Rechnungslegers zur Zahlung des Saldo ſammt Verzugszinſen.

Entſch. v. 10. April 1872, Nr. 652 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des L. G. Brünn v. 31. Oct. 1870, Nr. 3859 und des O. L. G. Brünn v. 26. Sept. 1871, Nr. 11275). G. Z. 1872, Nr. 80.

Die a. o. Reviſionsbeſchwerde des beklagten Rechnungslegers B gegen die untergerichtlichen Urtheile, wodurch derſelbe dem Kläger A zur Zahlung des aus der richterlichen Prüfung der abgelegten und vom Kläger bemängelten Rechnung reſultirenden Soll und der 6% Zinſen dieſes Betrages vom Tage der zugeſtellten Bemängelungsklage ab verurtheilt worden iſt, hat der oberſte Gerichtshof verworfen und in ſeinen Motiven bemerkt: Was die beſtrittene Zuläſſigkeit des richterlichen Erkenntniſſes auf Zahlung des Soll anbetrifft, muß auf das Petit der Bemängelungsklage, das eben auch darauf geſtellt war, und auf das Hofdecret vom 28. Mai 1783, J. G. S. Nr. 139 lit. d, verwieſen werden, dem zu Folge über einen abgeführten Rechnungsproceß bei Schöpfung des Urtheiles, dem weiteren Rechtszug und der darauf anzuſuchenden Execution, wie über jeden anderen Proceß zu verfahren iſt. Auch fehlt es überhaupt an einem Grund, warum der

Mängelsteller nicht berechtigt sein soll, zugleich zu bitten, daß der Rechnungsleger den nach Maßgabe der gestellten und eventuell gerechtfertigt befundenen Mängel ihm gebührenden Rest ihm berichtige. Der Zuspruch der 6% Zinsen aber ist deshalb gerechtfertigt, weil es dem in §. 338 a. b. G. B. zum Ausdruck gelangten Princip entspricht, daß der Kläger im Falle seines Obsiegens all' dasjenige erhalte, was er haben würde, wenn er beim Beginn des Rechtsstreites befriedigt worden wäre, und weil eben die inzwischen ihm entgangenen Früchte des Capitals in den Zinsen bestehen.

Nr. 4571.

Verhältniß des zur Eidesabnahme requirirten Gerichtes zum requirirenden: Form der Austragung von Streitigkeiten darüber im Rechtsmittelzuge.

Entsch. v. 10. April 1872, Nr. 3559 (Best. des das Decr. des B. G. Saaz v. 10. Dec. 1871, Nr. 10920, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 22. Jänner 1872, Nr. 2478). G. Z. 1872, Nr. 82. G. H. 1876, S. 281.

In dem beim H. G. zu Prag geführten Proceß des A und B von diesem Gerichte um Abnahme des von A angetretenen urtheilsmäßigen Eides angegangen, hat das B. G. Saaz die Eidestagfahrt angeordnet. A, welcher dieselbe versäumte, begehrte die Restitution mit der Bitte um Gerechtfertigthaltung seines Ausbleibens. — Auf dieses Gesuch setzte das B. G. Saaz einen Termin fest zur Anhörung der Gegenpartei B, welche gegen die Anberaumung dieser Tagfahrt nicht recurrirte, und entschied nach stattgefundener Verhandlung zu Gunsten des A, mit dem Beisatze, daß nach eingetretener Rechtskraft der Entscheidung die neuerliche Eidestagfahrt angesetzt werden wird. — Das O. L. G. hat auf den Recurs des B den A mit seinem Gesuch um Rechtfertigung des Ausbleibens ab- und an das zuständige H. G. in Prag gewiesen.

Dagegen recurrirte derselbe an den obersten Gerichtshof, welcher in Erwägung, daß das lediglich zur Abnahme des Eides angegangene B. G. Saaz nur im Umfange dieser Requisition thätig zu sein berufen war; daß dem requirirten Richter, welcher durch die Requisition keineswegs in demselben Maße wie durch die Delegation Stellvertreter des requirirenden Richters wird, die Entscheidung über etwas anderes als über Art und Weise des Vollzuges der Requisitionshandlung nicht zusteht, welche Begrenzung der Thätigkeit des requirirten Gerichtes auch im §. 11 J. N. vom 20. November 1852 zum Ausdruck gelangte; daß im vorliegenden Falle, wo von B (im Appellationszuge) nicht sowohl der Ausspruch des B. G. Saaz, daß das Ausbleiben des A von der Eidestagfahrt für gerechtfertigt zu halten

ſei, als vielmehr deſſen Competenz, hierüber zu erkennen, angefochten wurde, nicht der §. 46 des Geſetzes über das ſummariſche Verfahren noch das (im Reviſionsrecurſe angerufene) Hofdcr. v. 29. April 1846, J. G. S. Nr. 957, ſondern die allgemeinen Vorſchriften über Nullitätsbeſchwerden Anwendung finden, — die obergerichtliche Verordnung beſtätigte.

Nr. 4572.

Vorausſetzungen der Bewilligung der Bauführung während der Dauer des Bau-Aufforderungsproceſſes.

Entſch. v. 10. April 1872, Nr. 3645 (Beſt. des Decr. des B. G. Falkenau v. 4. Februar 1872, Nr. 955, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 26. März 1872, Nr. 10185). G. Z. 1872, Nr. 84.

Dem in erſter Inſtanz abgewieſenen Geſuch des A um Bewilligung der ſofortigen Inangriffnahme eines Hausbaues auf ſeinem Grundſtücke Nr. 3455 trotz der Einſprache des B als Beſitzer des Caroli-Grubenfeldes, hat das O. L. G. aus folgenden Gründen ſtattgegeben: Nachdem der Stadtrath von Falkenau entſchieden hat, daß dem Hausbaue ein baupolizeiliches Hinderniß nicht im Wege ſteht, andererſeits aber B als Grubenfeldbeſitzer dagegen Einſprache erhoben und auch die Berghauptmannſchaft im Intereſſe des Bergbaubetriebes ſich gegen die nachgeſuchte Baubewilligung ausgeſprochen hat, iſt nach §. 14 der Bauordnung vom 11. Mai 1864, L. G. Bl. Nr. 20, dermalen der Civilrichter zur Entſcheidung berufen, ob, in welchem Umfange und mit welchen Beſchränkungen der Bau noch vor dem Austrage des zwiſchen den Parteien bereits anhängigen (Aufforderungs-) Proceſſes begonnen werden darf, und es handelt ſich dabei um die Frage, ob der Grubenfeldbeſitzer als ſolcher berechtigt iſt, dem Grundeigenthümer die Errichtung von Taggebäuden zu verbieten. Im §. 131 des kaiſerl. Patentes v. 23. Mai 1854, R. G. Bl. Nr. 146 (Berggeſetz), iſt nun eine ſolche Berechtigung nicht ausgeſprochen, und es fehlt für den Civilrichter die geſetzliche Veranlaſſung, um dem Bauwerber die Bewilligung zum Beginne des Baues zu verſagen, weil hiedurch den weiteren Rechten des Grubenfeldbeſitzers nicht der mindeſte Eintrag geſchähe, da der Bauwerber A, wenn er in dem anhängigen Aufforderungsproceß ſachfällig würde, ſich eben allen daraus fließenden Conſequenzen unterwerfen muß, und der Grubenfeldbeſitzer in ſeinen allenfälligen Rechten dermalen, wo die Bergarbeiten von der Stelle des projectirten Hauſes noch weit entfernt ſind, mithin der Hausbau damit nicht in Colliſion gerathen kann, nicht gefährdet wird, und weil die citirte Bauordnung, das Berggeſetz und die Beſtimmungen des a. b. G. B. über Beſitz und Eigenthum ſo ausgelegt werden müſſen, daß den berechtigten Anſprüchen aller dabei intereſſirten Parteien

Rechnung getragen wird, insbesondere hier, wo es sich um einen Bau handelt, der seine Berechtigung verliert, wenn A im Processe sachfällig werden sollte, weshalb seinem Recurs gegen die erstgerichtliche Abweisung auch nur mit der Beschränkung stattgegeben wird, daß der Bau auf seine Gefahr geschieht.

Auf den Recurs des B bestätigte der oberste Gerichtshof den Bescheid der ersten Instanz, weil die sofortige Inangriffnahme des projectirten Hausbaues nur dann bewilligt werden könnte, wenn die eine oder die andere der Bedingungen des im §. 14 der Bauordnung für Böhmen vom 11. Mai 1864 angezogenen §. 341 a. b. G. B. vorhanden wäre, eine nahe offenbare Gefahr von A niemals behauptet, eine angemessene Sicherheit aber dafür, daß er die Sache in den vorigen Stand versetzen und den Schaden vergüten werde, nicht angeboten wurde und dieser Mangel durch die von der zweiten Instanz beigefügte Beschränkung, daß der Beginn des Baues auf seine Gefahr geschehe, nicht beseitigt wird, da es sich von selbst versteht, daß den Bauführer, wenn er in dem durch die Aufforderungsklage anhängig gewordenen Proceß unterliegt, die daraus entspringenden Folgen, d. i. Herstellung des vorigen Standes und Schadensvergütung, treffen, die Sicherheitsleistung aber, die der §. 341 a. b. G. B. fordert, eben die Garantie dafür geben soll, daß diesen eventuellen Verpflichtungen auch wirklich nachgekommen werden wird.

Nr. 4573.

Notariatsgebühr für die mitterweilige Verwahrung bei der Todfallsaufnahme übernommener Werthsachen.

Entsch. v. 10. April 1872, Nr. 3753 (Best. des das Decr. des B. G. Alsergrund in Wien v. 29. Nov. 1871, Nr. 18156, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Jänner 1872, Nr. 306). Jur. Bl. 1872, Nr. 18.

Bei einer Todesfallsaufnahme wurden die vorgefundenen, ein bedeutendes Vermögen darstellenden Werthpapiere von dem als Gerichtscommissär fungirenden Notar in Verwahrung genommen, um sie bei dem Gerichte zu hinterlegen. Nach einigen Tagen deponirte der Notar die Papiere und nahm für seine interimistische Verwahrung die im §. 8 des Tarifes der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75, bezeichnete Percentual-Verwahrungsgebühr im Betrage von 118 fl. in Anspruch. — In allen drei Instanzen wurde dem Notar das Recht auf diese Gebühr abgesprochen, weil der citirte Paragraph nur die Gebühr für Verwahrung von Geld und Werthpapieren normirt, welche dem Notar aus Anlaß der Aufnahme einer Notariatsurkunde von einer Partei zur Ausfolgung an eine bestimmte Person oder zum Erlag bei einer Behörde übergeben wurden,

mithin auf den vorliegenden Fall keine Anwendung hat. In Anbetracht aber, daß durch Art. II des Einführungsgesetzes zur Notariatsordnung v. 25. Juli 1871, Nr. 75, die von den Gebühren der Notare als Gerichtscommissäre handelnden §§. 27—30 des Tarifes der Notariatsordnung v. 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94, in Kraft erhalten wurden, nach §. 28 dieses Tarifes die Gebühren des Notars für die im §. 27 nicht aufgeführten und taxirten Amtshandlungen von dem Gerichte mit Rücksicht auf die verwendete Zeit, Mühe und Fleiß zu bemessen sind und zu diesen Amtshandlungen auch die Verwahrung der Werthpapiere einer Verlassenschaft bis zum Erlage derselben bei Gericht zu zählen ist, — wurde von dem O. L. G. und dem obersten Gerichtshofe dem Notar für die Verwahrung der übernommenen Werthpapiere der Betrag von 50 fl. liquidirt, nachdem das Gericht erster Instanz seinen Gebührenanspruch ganz abgewiesen hatte.

Nr. 4574.

Uebernahme von Forderungen an Zahlungsstatt?

Entsch. v. 16. April 1872, Nr. 3623 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Brünn v. 25. Oct. 1871, Nr. 19818 und des O. L. G. Brünn v. 23. Jänner 1872, Nr. 912). G. Z. 1872, Nr. 84.

Gegen die Klage des A auf Zahlung einer Forderung von 355 fl. brachte der Beklagte B unter Anderem die Einwendung vor, daß er zur Zahlung dieser Forderung und eines anderen Guthabens des Klägers demselben zwei Hypothekarforderungen von 400 fl. und 80 fl. cedirt und daß der Kläger dieselben behufs der Begleichung seiner Forderung von 355 fl. und eines weiteren Guthabens übernommen habe. Ohne Berücksichtigung dieser Einwendung, zu deren Beweis B dem A den rückschiebbaren Haupteid aufgetragen hatte, haben beide Untergerichte den B nach dem Klagebegehren verurtheilt. — Das O. L. G. motivirte diese Verwerfung der Einwendung des B damit, daß aus seiner Anführung noch nicht folge, daß A die angeblichen Tabularforderungen an Zahlungsstatt annahm; daß die Tilgung der eingeklagten Forderung ohne den gelieferten Nachweis der wirklich erfolgten Befriedigung des Klägers aus den ihm cedirten Tabularforderungen noch nicht bewiesen sei und daß der Beklagte zum mindesten die Richtigkeit der abgetretenen Forderungen, d. i. die Eignung derselben, an Zahlungsstatt gegeben und angenommen werden zu können, und ein Verschulden des Klägers bei der Einbringung jener Forderungen hätte nachweisen müssen.

Der oberste Gerichtshof hingegen erkannte auf den vom Beklagten dem Kläger aufgetragenen Haupteid aus folgenden Gründen: Wenn es wahr ist, daß B dem A zur Begleichung des eingeklagten und eines weiteren Guthabens zwei Forderungen von 400 fl. und

80 fl. abgetreten und A dieselben an Zahlungsstatt angenommen hat, so ist zwischen Beiden in Ansehung der streitigen Forderung ein Neuerungsvertrag zu Stande gekommen, vermöge dessen nach §. 1377 a. b. G. B. die frühere Verbindlichkeit des B aufgehört hat. Aus dem Cessionsgeschäft aber entstand für B nach §. 1397 a. b. G. B. nur die Verbindlichkeit der Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderungen, und dem A steht keineswegs das Recht zu, vom Neuerungsvertrage abgehend, seine ursprüngliche, durch denselben erloschene Forderung geltend zu machen.

Nr. 4575.

Leistung der aus Anlaß eines Verbotes zu bestellenden Caution in Werthpapieren: Anwendbarkeit des §. 1374 a. b. G. B.?

Entsch. v. 16. April 1872, Nr. 3806 (Abänd. der Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 21. Nov. 1871, Nr. 42115 und des O. L. G. Wien v. 4. Jänner 1872, Nr. 26060). G. Z. 1872, Nr. 56. Jur. Bl. 1873, Nr. 31.

Das in der oberstgerichtlichen Entscheidung vom 19. December 1871, Nr. 15073 (Sammlung Nr. 4369) erwähnte Verbot war dem A gegen Leistung der Caution von 10.000 fl. für Schimpf und Schaden nach §. 285 a. G. O. bewilligt worden. Demgemäß deponirte A 14.300 fl. Silberrente, deren Börsenwerth nach dem Curs des vorhergehenden Tages 10.045 fl. betrug, mit der Bitte, den gerichtlichen Auftrag zur Cautionsleistung durch diesen Erlag als erfüllt zu erklären. In der hierwegen stattgefundenen Verhandlung bezeichnete der Gegner B das Depositum als ungenügend, worauf A, zunächst auf seiner Behauptung, die Cautionspflicht vollständig erfüllt zu haben, beharrend, das Eventualbegehren stellte, daß ihm gestattet werde, entweder die durch den Erlag der Silberrente geleistete Caution im Sinne des §. 1374 a. b. G. B. (gesetzliche Sicherheit bis zu $^2/_3$ des Schätzungswerthes der beweglichen Pfandsache, welchen hier der Curswerth vertrete) durch Aufzahlung, resp. Deposition von 3302 fl. 23 kr. zu ergänzen oder an Stelle der Silberrente den vollen Cautionsbetrag von 10.000 fl. in Baarem zu erlegen. — Das Gericht erster Instanz entschied, daß A durch den Erlag der Silberrente im Curswerth von 10.045 fl. dem Auftrag zur Leistung einer Caution von 10.000 fl. nicht entsprochen habe und daß dem B bevorstehe, nach eingetretener Rechtskraft dieser Entscheidung um die Aufhebung des Verbotes einzuschreiten. — Das O. L. G. trug, der Eventualbitte des A entsprechend, demselben auf, binnen acht Tagen entweder den Erlag durch Deposition von baaren 3302 fl. 23 kr. zu ergänzen oder statt der Silberrente die vollen 10.000 fl. baar zu erlegen, widrigens B berechtigt wäre, die Aufhebung des Verbotes zu bewirken. In den Motiven wurde gesagt: Da der Bitte des A,

den Auftrag zur Leistung der Caution von 10.000 fl. durch den Erlag der Silberrente pr. 14.300 fl. als erfüllt anzusehen, in Hinblick auf die hier per analogiam platzgreifende Vorschrift des §. 7 der Just.-Minist.-Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, nicht stattgegeben werden konnte, weil der Gegner B im Sinne des §. 1374 a. b. G. B. nicht verpflichtet ist, die zu seiner Sicherstellung erlegte Silberrente pr. 14.300 fl. in einem höheren, als dem auf $^2/_3$ der Schätzung bestimmten Werth anzunehmen; da ferner nach dem Hofdcr. v. 24. Jänner 1844, J. G. S. Nr. 778 bei, Staatspapieren der Curswerth die Stelle der Schätzung vertritt, so erscheint durch den Erlag der Silberrente nach dem Curswerthe von 10.045 fl. ein Theil der Verbotscaution, nämlich der Betrag von 6697 fl. 14 kr. sichergestellt und mußte daher dem A nach seinem Eventualbegehren die Ergänzung durch Baarerlag des unbedeckten Restes oder der Umtausch seines Depositums mit baaren 10.000 fl. aufgetragen werden.

In Erwägung, daß dem A als Bedingung der Verbotsbewilligung nur die „Leistung einer Caution von 10.000 fl.", also der Erlag dieses Betrages in Baarem oder der Erlag von Papieren gesetzt worden ist, die den gleichen Werth haben und zu derlei Sicherstellungen — Pfandbestellung, Caution — nach den bestehenden Gesetzen, d. i. nach den für Anlegung der Gelder von Minderjährigen geltenden Normen, nach §. 7 des Gesetzes vom 27. October 1862, R. G. Bl. Nr. 87, nach §§. 22—24 der Notariatsordnung v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75 u. A. für geeignet zu halten sind; daß A durch den Erlag von Staatspapieren zum Börsencurs des Tages vor dem Erlage, nach welchem sie als dem Werthe von 10.045 fl. gleichkommend zu achten sind, jene Bedingung erfüllt hat; daß der erste Satz des §. 1374 a. b. G. B. und der §. 7 der Just.-Min.-Verordnung v. 18. Juli 1859, Nr. 130, hier, wo es sich nicht um die Sicherstellung einer Forderung handelt, nicht anwendbar sind, entschied der oberste Gerichtshof, daß durch den Erlag der Silberrente von 14.300 fl. die von dem Richter als Bedingung der Verbotsbewilligung erklärte Cautionsleistung von 10.000 fl. bewirkt worden sei.

Nr. 4576.

Voraussetzungen des Ersatzes eines verstorbenen Zeugen durch einen anderen.

Entsch. v. 16. April 1872, Nr. 3885 (Best. des das Decr. des B. G. Schwarzwasser v. 28. Jänner 1872, Nr. 163, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 27. Februar 1872, Nr. 2538). G. Z. 1872, Nr. 82.

Das nach vorgängiger Verhandlung der Streittheile in erster Instanz abgewiesene Gesuch des Klägers A wider den Beklagten B

um Zulaſſung des Zeugen C an Stelle des inzwiſchen verſtorbenen D, eines von den drei Zeugen, mit welchen der Kläger den durch Beiurtheil ihm vorbehaltenen Beweis zu führen hatte, — wurde in zweiter Inſtanz bewilligt.

Der Recurs des B gegen die obergerichtliche Verordnung, worin derſelbe aus dem Patente v. 13. September 1787, J. G. S. Nr. 719, und den Juſtiz-Hofdecreten vom 18. September 1844, Nr. 830 und 13. Februar 1845, Nr. 868 der J. G. S. zu deduciren verſuchte, daß der Zeugenbeweisführer zur Subſtituirung eines neuen Zeugen für den Fall berechtigt ſei, wenn entweder der durch den Tod des Zeugen entgangene Beweis ſich nur auf eben dieſe Weiſe, d. i. nur wieder durch einen Zeugen erſetzen läßt, oder die Bedingungen der Reſtitution ob noviter reperta vorhanden ſind, wurde vom oberſten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß der im Patente vom 13. September 1787 ausgeſprochene Grundſatz: „es ſei nothwendig, das Klagerecht um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zur Beibringung neuer Zeugen ſtatt der zugelaſſenen verſtorbenen anzuſtrengen", eine Abänderung erlitt, nachdem der §. 221 weſtg. G. O. gemäß Hofdcr. vom 13. Februar 1845, J. G. S. Nr. 868, auch dort, wo die allgemeine Gerichtsordnung gilt, anzuwenden iſt; daß hingegen die ſonſtigen Beſtimmungen des citirten Patentes noch immer aufrecht beſtehen, folglich bei der Verhandlung über ein derlei Geſuch es nur um die Sicherſtellung der Thatſache des inzwiſchen eingetretenen Todes des durch Beiurtheil zugelaſſenen Zeugen und darum ſich handeln kann, dem Gegner die Geltendmachung ſeiner etwaigen Bedenklichkeits- oder Verwerflichkeitsgründe zu ermöglichen; daß das Hofdecret v. 18. September 1844, J. G. S. Nr. 830, nur den Fall normirt: wenn anſtatt eines vor dem Verhör verſtorbenen Zeugen zwei oder mehrere geführt werden wollen, daher auf die vorliegende Rechtsſache nicht zutrifft.

Nr. 4577.

Subject der Verpflichtung zum Erſatze der Koſten eines Curators absentis.

Entſch. v. 17. April 1872, Nr. 3952 (Beſt. des das Decr. des L. G. Prag v. 9. Dec. 1871, Nr. 28649, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 13. Februar 1872, Nr. 5235). G. H. 1872, S. 190.

A, welcher den B, unbekannten Aufenthaltes, wegen Löſchung einer Satzforderung belangt und obgeſiegt hatte, wurde von dem Gerichte erſter Inſtanz verurtheilt, dem C, Curator des Beklagten, 9 fl. als Palmargebühren zu zahlen. — Das O. L. G. entband ihn von der Zahlung, weil im Sinne des §. 18 der Advoc.-Ordn. derjenige, der die

Bestellung eines Vertreters für den Gegner veranlaßt, blos deshalb zur Zahlung der Kosten nicht verpflichtet, der Vertreter für den Abwesenden nach §. 391 a. G. O. vielmehr auf Gefahr und Kosten des Letzteren zu bestellen ist, der in lit. c des Hofdcr. vom 18. Mai 1790, J. G. S. Nr. 23, normirte Fall (der Ueberweisung des Klägers, den als ihm unbekannt bezeichneten Aufenthaltsort des Beklagten gewußt zu haben hier nicht eintritt), der Kläger nur von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch gemacht und übrigens das Gesetz in dem §. 18 der Advoc.-Ordn. für die Vergütung der baren Auslagen des Curators Vorsorge getroffen hat.

Der oberste Gerichtshof theilte die Ansicht des O. L. G. und bestätigte das Decret der zweiten Instanz mit dem Zusatze, daß A seine Klage nicht gegen einen für B erst aufzustellenden Curator, sondern gegen C als den bereits aus einem anderen Anlasse früher aufgestellten Curator des B angebracht hat.

Nr. 4578.

Wesentlicher Irrthum: Escomptirung einer irrthümlich für verlost gehaltenen Obligation.

Entsch. v. 18. April 1872, Nr. 14061 (Best. des Urth. des B. G. Jaroslau v. 2. August 1870, Nr. 1764, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 8. März 1871, Nr. 6162). Jur. Bl. 1872, Nr. 14.

B übersendete die Grundentlastungsobligation Nr. 10.747 per 1000 fl. C. M. des Lemberger Verwaltungsgebietes als verlost der Filiale der Creditanstalt für Handel und Gewerbe in Lemberg zur Einlösung. Der Beamte der Anstalt beging das Versehen, daß er die Ziehungsliste der Obligationen des Krakauer Gebietes in der Meinung, jene des Lemberger Gebietes vor sich zu haben, durchging, und nachdem er in dieser Liste die Nr. 10.747 gefunden, vollzog er den Auftrag und überschickte dem B den Einlösungsbetrag von 1042 fl. 99 kr. ö. W. Erst nach einem halben Jahre, als die escomptirte Obligation zur Zahlung kommen sollte, zeigte sich, daß sie gar nicht verlost worden war. Hievon benachrichtigte die Filiale sofort den B, welcher zur Begleichung der Sache sich nicht verstehen wollte und von derselben wegen Ungiltigkeit des geschlossenen Escomptegeschäftes und auf Zahlung von 1042 fl. 99 kr. gegen Zurücknahme der Obligation Nr. 10.747 belangt wurde. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren. Von dem O. L. G. wurde aus den nachstehenden Gründen die Klägerin abgewiesen, zugleich aber derselben die condictio indebiti nach §. 1431 a. b. G. B. vorbehalten. Aus der Klage selbst ergibt sich, daß die Escomptirung der Obligation nicht auf das bloße Vorbringen des B, daß sie verlost sei, erfolgt ist;

es ergibt ſich vielmehr, daß der Beamte der klagenden Filiale dem B nicht blind geglaubt, ſondern erſt die Ziehungsliſte durchgeſehen und nachdem er die Nummer der Obligation gefunden, den Escompte vollzogen hat. Da ſomit die Escomptirung nicht durch die Irreführung des B, ſondern durch das Verſehen des Beamten, der die unrichtige Ziehungsliſte einſah, veranlaßt wurde, findet der §. 871 a. b. G. B. hier keine Anwendung und muß die Klägerin es ſich ſelber zuſchreiben, wenn ſie von ihrem Caſſebeamten irregeführt worden iſt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil. Gründe: Der Irrthum war auf beiden Seiten gleichmäßig; denn B hielt die Obligation für verloſt und der Beamte der Anſtalt verſah ſich in der Ziehungsliſte. Obgleich nun B die Irreführung der Anſtalt nicht beabſichtigt hatte, muß doch andererſeits zugegeben werden, daß der Anſtoß zum Irrthum des Beamten von ihm ausgegangen ſei, weil er die Obligation als verloſt bezeichnet und dadurch den Beamten verleitet hat, ſich mit einer flüchtigen Prüfung zufrieden zu ſtellen. So viel iſt gewiß, daß B und die Anſtalt nur eine verloſte Obligation in dem Sinne hatten, nur über eine ſolche Obligation den Vertrag ſchließen wollten und daß, weil die Obligation nicht verloſt war, keiner von beiden in das Geſchäft einwilligte, daß ſonach keine Willenseinigung, mithin auch kein Vertrag zu Stande gekommen iſt.

Nr. 4579.

Actio hypothecaria: Unzuläſſigkeit von Einwendungen ex persona des Perſonalſchuldners.

Entſch. v. 18. April 1872, Nr. 15298 (Beſt. des das Urth. des B. G. Königgrätz v. 29. Juli 1871, Nr. 7373, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 9. Oct. 1871, Nr. 31666). Jur. Bl. 1872, Nr. 13.

C hatte dem A für 210 fl. eine Forderung von 250 fl. cedirt und wurde (§. 1397 a. b. G. B.) durch Urtheil ſchuldig erkannt, dem Ceſſionar das empfangene Ceſſionsentgelt gegen Zurückabtretung der demſelben cedirten Forderung zu zahlen. Dieſe urtheilsmäßige Schuld des C iſt auf einer Liegenſchaft verſichert, deren Eigenthum von C bücherlich auf den B überging. Als nun B von dem A wegen Zahlung der 210 fl. mit der Hypothekarklage belangt wurde, wendete B ein, daß ſein Auctor C in dem obigen Urtheile zur Zahlung der 210 fl. nur gegen die Zurückceſſion der Forderung von 250 fl. verpflichtet wurde, daß aber A ſich nicht erboten habe, ihm, B, dieſelbe zurück zu cediren, und daher auch nicht berechtigt ſei, von ihm die eingeklagten 210 fl. zu fordern. — Das Gericht erſter Inſtanz hielt dieſe Einwendung für rechtlich begründet und erkannte auf Ab-

weisung der Klage. — Das O. L. G. verurtheilte den B nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Nachdem die mit der eingeklagten Forderung belastete Realität von dem Personalschuldner grundbücherlich auf den Beklagten übergegangen ist, welcher mit der Liegenschaft nach §. 443 a. b. G. B. auch die darauf haftenden grundbücherlichen Lasten übernommen hat, kann er die Zahlung der eingeklagten, in jeder Hinsicht liquid gestellten Forderung nicht verweigern. Der Umstand, daß sein Auctor als Personalschuldner nur bedingt, gegen Zurückcession der cedirten 250 fl., zur Zahlung verurtheilt worden ist, enthebt den Beklagten als Hypothekarschuldner des Klägers nicht von der Zahlungspflicht, weil jene Gegenverbindlichkeit des Klägers nur dem Personalschuldner zu statten kommt, bei dem Pfandrechte des Klägers in dem Grundbuche nicht angemerkt, und der Pfandschuldner gegen den Gläubiger überhaupt nur zu jenen Einwendungen berechtigt ist, die aus der Hypothek selbst oder aus Verhältnissen entspringen, welche die Erlöschung des Pfandrechtes in sich schließen. Einwendungen dieser Art stehen dem Beklagten nicht zu Gebote. Er kann sich auf den §. 1358 a. b. G. B. nicht berufen, selbst wenn er berechtigt wäre, die Rückabtretung der 250 fl. zu fordern, weil dieses Recht die Zahlung der eingeklagten Schuld voraussetzt, die noch nicht erfolgt ist.

Nr. 4580.

Verhältniß des forum contractus zum Gerichtsstande der Verlassenschaftsabhandlung.

Entsch. v. 18. April 1872, Nr. 1096 (Best. des das Urth. des L. G. Brünn v. 6. Juni 1871, Nr. 11608, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 6. Sept. 1871, Nr. 10356). G. H. 1872, S. 180.

A belangte die B, Universalerbin des M, wegen Zahlung einer Handelsschuld des Letzteren bei dem L. G. in Brünn als Handelsgericht, indem er anführte und durch den Haupteid zu beweisen sich erbot, daß M die Zahlung in Brünn versprochen habe (§. 43 J. N.). Von der Beklagten wurde die Incompetenz des angerufenen Gerichtes eingewendet, weil die Abhandlung der Verlassenschaft des M noch schwebt, nach §. 37 J. N. daher alle Klagen noch bei dem Abhandlungsgerichte (Mürzzuschlag, wo auch die Beklagte wohnt) anzubringen seien. — Das L. G. hat der Incompetenzeinrede stattgegeben. — Das O. L. G. entschied für die Zuständigkeit des Landesgerichtes, wenn der Kläger mit dem obigen Haupteid die Festsetzung des forum contractus beweist. Gründe der zweiten Instanz: Die Bestim-

mung des §. 37 J. N. iſt nur ein Ausfluß der in den §§. 13 und 16 ibid. für die Zuſtändigkeit in Streitſachen im Allgemeinen aufgeſtellten Grundſätze. Nur in Anwendung dieſer Grundſätze ſind die Klagen wegen Nachlaßſchulden bis zur Einantwortung dem Abhandlungsgerichte, in deſſen Bezirke der Verſtorbene in der Regel den ordentlichen Wohnſitz hatte, nach der Einantwortung dem Gerichtsſtande des Erben zugewieſen. Nach dieſer ratio kann die dem Abhandlungsgerichte eingeräumte Gerichtsbarkeit ſich nicht auf ſolche Klagen wegen Verlaſſenſchaftsſchulden erſtrecken, bei denen der Verſtorbene ſelbſt ſchon einem anderen Gerichtsſtande als jenem ſeines Domicils unterworfen war. Der §. 43 J. N. kann daher nicht als durch §. 37 ibid. derogirt betrachtet werden, um ſo weniger, als das vertragsmäßige Recht des Klägers auf den bedungenen Gerichtsſtand durch den Tod des Schuldners nicht berührt wird.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte mit Bezugnahme auf die vorſtehende Begründung die Entſcheidung des O. L. G.

Nr. 4581.

Depositum irregulare: Schenkung durch Ueberlaſſung eines Theiles des depoſitirten Betrages mit Vorbehalt der Verzinſung desſelben.

Entſch. v. 18. April 1872, Nr. 1547 (theilweiſe Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Daſchnitz v. 31. Oct. 1870, Nr. 3945 und des O. L. G. Brünn v. 13. Sept. 1871, Nr. 8987). G. Z. 1872, Nr. 85.

Gegen die Klage der A wider B peto. Zahlung von 1000 fl. nebſt Zinſen, welche darauf gegründet war, daß B von der A die Barſchaft von 1000 fl. zur Aufbewahrung übernommen und ihr die Verzinſung derſelben verſprochen hatte, brachte B, indem er das Klagefundament als richtig zugeſtand, die Einwendungen vor, daß die Klägerin ihm und ſeiner Gattin ein Jahr nachher erklärt habe, daß ſie ihnen von den 1000 fl. den Betrag von 500 fl. zum Aufbau einer Scheuer, jedoch mit Vorbehalt des Bezuges der 5 % Zinſen von dieſem Betrage für ihre Lebenszeit, ſchenke, und daß er, Beklagter, und ſeine Ehefrau damit einverſtanden geweſen ſeien. Zum Beweis dieſer von der A geleugneten Thatſache deferirte ihr B den rückſchiebbaren Haupteid. — Die von B vorgebrachte Einwendung und der dafür deferirte Haupteid wurden von beiden Untergerichten ausgeſchloſſen, vom O. L. G. aus dem Grunde, weil die Schenkung der 500 fl. ob Mangels einer darüber errichteten ſchriftlichen Urkunde nicht perfect geworden ſei, zumal die Uebergabe des Geldes an B ſchon früher (anſtatt mit der Schenkung) erfolgte, und das Klagerecht des Ge-

schenknehmers nach §. 943 a. b. G. B. ausnahmslos durch eine Urkunde begründet werden müsse, mithin der zum Beweis der blos mündlichen Schenkung deferirte Haupteid unentscheidend sei.

Der oberste Gerichtshof erkannte auf den besagten Haupteid und absolvirte für den Fall des damit erbrachten Beweises den Beklagten von der Zahlung der davon betroffenen 500 fl. Gründe: Das Recht des B, den erwähnten mündlichen Schenkungsvertrag als Einwendung gegen den Klageanspruch geltend zu machen, ergibt sich in Hinblick auf den §. 428 a. b. G. B. daraus, daß der nachträglich geschenkte Barbetrag schon früher bei Einhändigung der 1000 fl. behufs der vorläufigen Aufbewahrung dem Beschenkten übergeben worden war. Der Vorbehalt der Zinsen aber widerspricht dem Charakter einer Schenkung nicht; er beließ das volle Eigenthum des Schenkungsobjectes bei dem Beklagten und ist nur ein Auftrag, eine Belastung des Geschenknehmers, welche nach dem Schlußsatz des §. 901 und den §§. 709 u. 710 a. b. G. B. rechtsverbindlich auferlegt werden konnte.

Nr. 4582.

Behandlung einer ohne Errichtung und Protokollirung von Ehepacten entstandenen Heiratsgutsforderung im kaufmännischen Concurse.

Entsch. v. 23. April 1872, Nr. 2125 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. St. Pölten v. 27. Oct. 1871, Nr. 2750 und des O. L. G. Wien v. 4. Jänner 1872, Nr. 26056). G. Z. 1872, Nr. 40.

Die A forderte von der Concursmasse ihres Ehegatten, des protokollirten Kaufmannes B, die Sicherstellung des Heiratsgutes von 1500 fl. Schriftliche Ehepacte waren nicht errichtet, daher auch nicht protokollirt worden. Die Klägerin erbot sich zum Zeugenbeweise dafür, daß ihre Aeltern dieses Heiratsgut ihrem Ehegatten zugezählt haben. Der Vertreter der Concursmasse widersetzte sich dem Anspruche auf Sicherstellung des Heiratsgutes und bestritt die Zulässigkeit des angetragenen Beweises, weil keine Ehepacte nach §. 1217 a. b. G. B. vorliegen, mithin der Titel des Klageanspruches mangle und die §§. 49 der C. O. und 16 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. entgegenstehen. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Zeugenbeweis aus nachstehenden Gründen: Die Einwendung, daß keine Ehepacte nach §. 1217 a. b. G. B., mithin kein Vertrag vorliege, und der Titel des Klageanspruches mangle, ist nicht stichhaltig; denn die Uebergabe des Heiratsgutes und die Uebernahme desselben ist nach den §§. 1218 und 861 a. b. G. B. an und für sich ein (Real-) Vertrag, welcher die gesetzlichen Rechte und Pflichten zur Folge hat. Eben deshalb, weil keine Ehepacte vorliegen, weil die

Frau aus dem Vermögen ihres Mannes nichts begehrt, ſondern nur die Sicherſtellung ihres Heiratsgutes verlangt, entfällt die gegneriſche Einwendung des §. 16 Einführungsgeſetz zum H. G. B. wegen nicht protokollirter Ehepacten, welcher übrigens nur die ausgewieſenen Handelsgläubiger zur Einſprache ermächtigt. Den Unterſchied zwiſchen Vermögensanſprüchen der Ehegattin des Gemeinſchuldners aus dem empfangenen Heiratsgute und den Anſprüchen aus Ehepacten behandeln die §§. 49 und 50 des Concursgeſetzes und es ſoll in dieſem Rechtsſtreite die wirkliche Uebergabe des Heiratsgutes in Ermanglung der ſchriftlichen oder mündlichen Erklärung des Ehemannes durch Zeugen und Eid erwieſen werden. — Dieſes Urtheil wurde in zweiter Inſtanz aus den Gründen desſelben beſtätigt.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die a. o. Reviſionsbeſchwerde des Geklagten in der Erwägung, daß der §. 49 der C. O. nur die Beweiskraft der von den Ehegatten abgegebenen Beſtätigung des Empfanges des Heiratsgutes beſchränkt, aber andere Beweismittel der erfolgten Zuzählung nicht ausſchließt; daß der §. 16 des Einführungsgeſetzes zum H. G. B. in dem 4. Alinea die Heiratsgutsanſprüche der Ehefrau eines in Concurs verfallenen Handelsmannes den Forderungen der Handelsgläubiger unter gewiſſen Umſtänden nachſetzt, aber die Liquidirung und Claſſificirung derſelben nicht ausſchließt, und daß die Frage, ob und in wieferne und mit welcher praktiſchen Wirkung die vorgedachte Beſtimmung hier ihre Anwendung zu finden habe, erſt bei der Vornahme der Vertheilung zur näheren Erörterung kommen wird.

Nr. 4583.

Unzuläſſigkeit der Aufrechthaltung eines beabſichtigten ſchriftlichen Teſtamentes als Nuncupativteſtament.

Entſch. v. 23. April 1872, Nr. 3720 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Tarnow v. 24. März 1871, Nr. 1384 und des O. L. G. Krakau v. 4. Nov. 1871, Nr. 13444). G. Z. 1872, Nr. 73.

Der von beiden Untergerichten abgewieſenen Klage der A gegen die Teſtamentserben des kinderlos verſtorbenen M, Ehemannes der Klägerin, auf Ungiltigerklärung der von W niedergeſchriebenen, von ihm und von X, Y und Z als Zeugen vor dem Abhandlungsgerichte zu Protokoll gegebenen und beeideten mündlichen Erklärung des letzten Willens des M und Eröffnung der geſetzlichen Erbfolge, wurde in dritter Inſtanz aus folgenden Gründen ſtattgegeben: Nach den Ausſagen der Teſtamentszeugen und des vierten Zeugen Z muß angenommen werden, daß M ein ſchriftliches Teſtament errichten wollte; dies bezeugt Z ausdrücklich und ergibt ſich auch aus den von den anderen Zeugen beſtätigten Umſtänden, daß nämlich M die Anordnung

dem W dictirte und ihn aufforderte, seinen letzten Willen niederzuschreiben, daß dieser Aufsatz dem M zur Unterfertigung vorgelegt werden sollte und der Letztere sich vorbehielt, am nächsten Tage das Testament zu unterzeichnen, — was alles überflüssig gewesen wäre, wenn es sich um ein nach §. 585 a. b. G. B. mündlich zu errichtendes Testament gehandelt hätte. Schriftlich ist das Testament nicht zu Stande gekommen: dies stellen die Beklagten selbst nicht in Abrede und der im Proceß producirte Testamentsaufsatz ist in der That von Niemanden unterschrieben. Hat aber der Erblasser einmal unzweifelhaft für das Testament die schriftliche Form gewählt und ist nicht erweislich, daß er von dieser Wahl wieder abgegangen, so geht es nicht an, den lediglich für eine Vorarbeit zum schriftlichen Testament, für einen bloßen Entwurf anzusehenden Aufsatz als eine mündliche letzte Willenserklärung, welche zu errichten er gar nicht die Absicht hatte, aufrecht zu erhalten. Nun ergibt sich aber aus den Aussagen der vernommenen Zeugen mit nichten, daß M von seinem Vorhaben, schriftlich zu testiren, abgegangen sei; im Gegentheil alle drei Testamentszeugen W, X und Y sagten aus, daß der Testamentsaufsatz, den W niedergeschrieben hatte und nur noch in's Reine schreiben sollte, dem Testator Tags darauf hätte zur Unterfertigung vorgelegt werden sollen, ja der Testamentarius W bestätigte weiter, daß M damals erklärte, er werde das Testament erst morgen beendigen. — Es kann also nur noch in Frage kommen: ob, wenn das Testament nicht in der von M gewählten äußeren Form zur Geltung gelangt, doch dessen Inhalt, die von M erweislich getroffenen Verfügungen selbst, also die Anordnungen, die in den Zeugenverhören von den Zeugen übereinstimmend als von M ausgegangen bezeichnet wurden, als mündliche letzte Willenserklärung in Kraft zu erhalten seien. Allein ohne jede Rücksichtnahme auf den §. 584 a. b. G. B. liegt es in der Natur der Sache, daß, wenn der Erblasser einmal beabsichtigte, schriftlich zu testiren und davon nicht wieder abging, die in jener Absicht kundgegebenen Verfügungen auf den Todesfall nur den Charakter eines Entwurfes, eines unfertigen Projectes an sich tragen und daß, da der Erblasser vorausgesetztermaßen seine Aussprüche eben nur mit diesem Bewußtsein thun konnte, dieselben nicht einmal als bestimmte, ernstliche Willenserklärungen (§. 565 a. b. G. B.) anzusehen sind, so lange nicht der letzte Wille in der beabsichtigten Form zum vollendeten Ausdruck gekommen ist, und es hieße dem Willen des Erblassers geradezu Gewalt anthun, wenn nun von der seinerseits gewählten Testamentsform abgesehen und der wesentliche Inhalt seiner Aeußerungen als Nuncupativtestament, als welches er sie gar nicht wollte aufrecht erhalten haben, zur Geltung gebracht würde. Wollte man aber dies auch für zulässig halten, so ist nicht zu verkennen, daß ein mächtiger Unterschied schon darin liegt, ob die Testamentszeugen die Erklärung des Testators nach dessen vorgängiger Eröffnung, daß

es ſich um einen mündlichen letzten Willen dabei handle, entgegennehmen oder ob ſie nur beim Dictiren des gemäß §. 579 a. b. G. B. ſchriftlich abzufaſſenden Teſtamentes gegenwärtig ſind, da ſie im erſten Falle die wirkliche letztwillige Erklärung mit dem Bewußtſein entgegennehmen, daß dieſelbe eben einzig und allein ihrem Gedächtniß anvertraut und von ihnen ſeinerzeit eidlich zu bekräftigen ſein wird, wogegen im letzteren Falle ſie wiſſen, daß alles nur darauf ankommen wird, ob endlich der Erblaſſer den fertigen Teſtamentsaufſatz nach den §§. 579 und 580 a. b. G. B. als ſeinen letzten Willen anerkennen und unterfertigen werde. Aus dem Verhör der Teſtamentszeugen iſt aber nicht zu entnehmen, daß ihnen eröffnet worden wäre, daß es ſich um ein mündlich vor ihnen zu errichtendes Teſtament handle; im Gegentheil, alle einigen ſich darin, daß der Teſtator den W erſuchte, ſeinen letzten Willen niederzuſchreiben, und dieſe Schrift unterfertigen wollte. Haben ſie nun dennoch den Inhalt dieſer Dispoſitionen während des Dictirens aufgefaßt, ſo lag das zunächſt nicht in dem Zweck, zu dem ſie beigezogen worden waren, und ſtellt ſich als eine ganz und gar dem Grade ihrer Aufmerkſamkeit anheim gegebene Zufälligkeit dar. Im vorliegenden Falle hat ſich dieſer weſentliche Unterſchied in ſeinen Folgen auch anſchaulich gemacht, da aus den Verhörsprotokollen ſich ergibt, daß die Ausſagen der drei Teſtamentszeugen in weſentlichen Punkten nicht einmal übereinſtimmen, mithin die Vorausſetzungen, unter welchen dieſe letztwilligen Anordnungen als mündliche in Kraft erhalten werden, gar nicht eintreffen (§. 586 a. b. G. B.). Schon bei der Erbseinſetzung zeigt ſich die Verſchiedenheit, daß der Teſtator, nach W und X, den eingeſetzten Erben deren „Nachkommen" nach Y und Z, deren „Kinder" ſubſtituirt, nach X die Subſtitution als eine fideicommiſſariſche, nach den übrigen Zeugen als eine gemeine angeordnet hat. Es wird ferners die von W bezeugte Auflage an die Ehefrau des Teſtators, ſeine Schulden zur Hälfte zu zahlen und die von ihm geſchloſſenen Verträge einzuhalten, ſowie die Ernennung von Teſtamentsexecutoren von den anderen Zeugen mit Stillſchweigen übergangen und von den letzteren vielmehr angeführt, daß der Teſtator die Zahlung der Schulden ohne Vorbehalt aus dem Erlös ſeiner Fahrniß verordnet habe. Wollte man nur jene Anordnungen des M gelten laſſen, die durch die übereinſtimmenden Ausſagen der Zeugen erwieſen ſind, die anderen als unwirkſam behandeln, ſo wäre dies eine unzuläſſige Verſtümmelung ſeines letzten Willens, der als ein Ganzes, als die Geſammtheit der von M in einem Zuge getroffenen Verfügungen ſich darſtellt. Die Behandlung würde gleich bei der Erbeneinſetzung zu dem Reſultate führen, daß die Beklagten unbeſchränkt als Erben berufen worden ſeien, obgleich der Teſtator ganz entſchieden ſie unter einer Beſchränkung (Subſtitution) eingeſetzt hat, und die Zeugen nur in der Art der Beſchränkung (gemeine oder fideicommiſſariſche Subſtitution? u. ſ. w.) differiren. Aus Gründen, die außer-

halb der Willkür des Teſtators liegen, kann allerdings ſein letzter Wille zum Theile unwirkſam werden und er ſelbſt kann den letzten Willen zum Theile widerrufen und vernichten; es geht aber nicht an, in dem Falle, wo ſeine Verfügungen nicht in ihrer Vollſtändigkeit geſetzlich erwieſen werden können, die erwieſenen Fragmente und damit — wie bei der Erbseinſetzung eben gezeigt wurde — etwas ganz anderes zur Geltung zu bringen, als der Teſtator gewollt hat.

Nr. 4584.

Unterlaſſung der Beiziehung eines zweiten Rathes bei einer Tagfahrt in Eheſtreitſachen: Nichtigkeit?

Entſch. v. 23. April 1872, Nr. 4297 (Aufheb. des das Urth. des K. G. Reichenberg v. 19. Dec. 1871, Nr. 5926, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 18. März 1872, Nr. 7068). G. H. 1872, S. 285.

In der Rechtsſache des A gegen ſeine Ehefrau B peto. Scheidung von Tiſch und Bett wurde auf die Appellation des A gegen das die Klage abweiſende Urtheil der erſten Inſtanz von dem O. L. G. wegen mangelhafter Beſetzung der Gerichtscommiſſion bei der Proceßverhandlung (mit nur einem Rathe, ſtatt mit zwei Räthen, §. 188 der Gerichtsinſtruction v. 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81), in Erwägung, daß nach §. 156 ibid. die mangelhafte Beſetzung des Gerichtshofes, ſei es bei der Verhandlung oder bei der Urtheilsfällung, eine Nichtigkeit begründet, das angefochtene Erkenntniß und das voraufgegangene Verfahren, mit Ausnahme des Vergleichsverſuches, aufgehoben und dem Gerichte erſter Inſtanz aufgetragen, das Verfahren wieder aufzunehmen, nach Vorſchrift des §. 188 der Gerichtsinſtruction durchzuführen und ſodann eine neue Entſcheidung zu fällen.

Der oberſte Gerichtshof hingegen beſeitigte die obergerichtliche Verordnung und trug dem O. L. G. die meritoriſche Entſcheidung auf. Gründe: Nicht alle, ſondern nur jene Formgebrechen des Proceßverfahrens begründen die Ungiltigkeit des Actes, bei dem ſie unterlaufen ſind, welche das Weſen des Proceſſes in der Art berühren, daß die Fällung eines gründlichen Erkenntniſſes dadurch unmöglich wird, oder die im Geſetze ausdrücklich mit der Nullitätserklärung bedroht ſind (Reſol. vom 31. Oct. 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. ooo). Hier trat keiner dieſer Fälle ein. Denn die unterlaſſene Zuziehung des zweiten Rathes zu den Verhandlungen in erſter Inſtanz iſt kein Formgebrechen, welches das Spruchgericht hindern könnte, in der Hauptſache mit Gründlichkeit zu entſcheiden, noch iſt im §. 188 der Gerichtsinſtruction vom 3. Mai 1853 auf dieſe Unterlaſſung die Nullität geſetzt, wie im §. 156 ibid. auf die mangelhafte Beſetzung des Spruchgerichtes.

Nr. 4585.

Jahres- oder Monatsmiethe?

Entſch. v. 23. April 1872, Nr. 4322 (Beſt. des Urth. des B. G. Hernals v. 26. März 1872, Nr. 7211, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 6. April 1872, Nr. 6707). Jur. Bl. 1872, Nr. 14.

Der Drechslermeiſter A beſtritt die 14tägige Kündigung ſeiner Wohnungsmiethe mit der Behauptung, daß der Vermiether B ihm nur vierteljährig kündigen konnte, da er polizeilich als Jahrespartei gemeldet iſt. Der Miethzins war nach dem Uebereinkommen monatlich zu zahlen. — Das O. L. G. erkannte aus folgenden Gründen auf Ungiltigkeit der Kündigung: Da B ſelbſt den A in dem vorgeſchriebenen Meldzettel als Jahrespartei eintragen ließ und Umſtände, die auf die Abſicht des A, nur einen kurzen Aufenthalt in dem Hauſe des B zu nehmen, hindeuten, nicht vorliegen, vielmehr die Profeſſion desſelben auf das Gegentheil ſchließen läßt; da ferner die Vereinbarung der monatlichen Zahlung des Miethzinſes, welche nicht ſelten zur Bequemlichkeit und Erleichterung des Miethers getroffen wird, auf einen Verzicht des Letzteren auf die geſetzliche Kündigungsfriſt nicht ausgedehnt werden darf, muß in dem vorliegenden Falle die geſetzliche Vorſchrift Anwendung finden, wornach für Jahresparteien zum Unterſchied von Monatsparteien die Miethe vierteljährig zu kündigen iſt.

In Erwägung, daß A ſelbſt nicht behauptet, mit B den Miethvertrag auf die Dauer eines Jahres geſchloſſen zu haben, ſondern als Jahrespartei nur deshalb gelten will, weil er in dem Meldzettel als ſolche eingetragen iſt, daß aber eine ſolche Eintragung auf die rechtlichen Verhältniſſe zwiſchen Miether und Vermiether keinen Einfluß hat; daß über die Kündigungsfriſt kein beſonderes Uebereinkommen getroffen wurde und der Miethzins monatlich zu zahlen war; daß daher nach §. 1113 a. b. G. B. der Abſchluß des Miethvertrages auf Monatsdauer anzunehmen iſt, folglich nach §. 1116 ibid. und §. 2 lit. c der kaiſerl. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, auf 14 Tage gekündigt werden durfte, hat der oberſte Gerichtshof in Uebereinſtimmung mit der erſten Inſtanz die angefochtene Kündigung aufrecht erhalten.

Nr. 4586.

Zeitliche Colliſion der Geſetze: Erbfolge in Bauerngüter.

Entſch. v. 24. April 1872, Nr. 3346 (Beſt. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 28. Dec. 1871, Nr. 17454). G. Z. 1872, Nr. 62.

Nach dem Tode des am 28. Mai 1848 kinderlos und ohne Seitenverwandte verſtorbenen M übernahm deſſen Witwe die von ihm

hinterlaſſene Grundwirthſchaft, welche nach ihrem im Jahre 1860 erfolgten Tode ihren Kindern erſter Ehe A und B mit Berufung auf die Art. 767 und 745 des Code Napoléon von dem Abhandlungsgerichte eingeantwortet wurde. — Das O. L. G. verordnete, daß A die Grundwirthſchaft gegen Auszahlung des Erbtheiles an die B zu übernehmen habe. — Dagegen recurrirte die Letztere und führte aus, daß die obergerichtliche Verfügung den am Todestage des M beſtandenen Geſetzen nicht entſpreche, indem die Bauernerbfolgeordnung von 1790 an jenem Tage in dem Großherzogthume Krakau noch nicht eingeführt und am Tage der Einantwortung der Verlaſſenſchaft durch das Geſetz v. 27. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 79, aufgehoben war.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die obergerichtliche Entſcheidung. Gründe: Wenn es auch richtig iſt, daß zur Zeit des Todes des M die beſondere Bauernerbfolge in dem ehemaligen Gebiete des Freiſtaates Krakau noch nicht eingeführt war, ſo erkennt doch die B ſelbſt an, daß ihr dieſer Nachlaß nicht unmittelbar nach M, ſondern nur als Erbin ſeiner ſpäter, aber doch vor Erlaſſung des Einantwortungsdecretes im Jahre 1860 verſtorbenen Gattin angefallen iſt. Die Letztere hat alſo die Erbſchaft des M allerdings noch zur Zeit der Wirkſamkeit des Code Napoléon erlangt, allein der Erbanfall auf ihre Kinder fand ſchon zu einer Zeit ſtatt, wo auch im Gebiete des ehemaligen Freiſtaates Krakau die für Galizien beſtandenen Vorſchriften bezüglich der Erbfolge in Bauerngüter kraft der Miniſterialverordnung v. 2. November 1855, R. G. Bl. Nr. 1, J. 1856, bereits in Wirkſamkeit getreten waren, und daher konnten ihre Kinder den Nachlaß auch nur mehr nach den eben gedachten Beſtimmungen über die Bauernerbfolge erwerben. Da nun das Geſetz vom 27. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 79, auf Erbfälle, in welchen der Anfall vor Wirkſamkeit dieſes Geſetzes erfolgte, keine Anwendung findet, ſo erſcheint die von dem O. L. G. getroffene Entſcheidung ganz im Geſetze gegründet.

Nr. 4587.

Hereditas jacens: Unzuläſſigkeit der Eidesauftragung an den Curator derſelben über Handlungen des Erblaſſers ſo wie an die Erben vor Antritt der Erbſchaft.

Entſch. v. 25. April 1872, Nr. 1419 (Beſt. des das Urth. des B. G. Troppau v. 28. März 1871, Nr. 1386, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 25. Oct. 1871, Nr. 12345). G. Z. 1872, Nr. 77.

Die Klage des für die ruhende Verlaſſenſchaft des M aufgeſtellten Curators A gegen B ptco. Zahlung einer Darlehensſchuld von 579 fl. 50 kr. nebſt Zinſen war auf den von B dem M ausgeſtellten Schuldſchein gegründet, worin B die Zurückzahlung des empfan-

genen Darlehens von 650 fl. auf den 1. September 1863 verſprach; die kleinere Klageſumme ergibt ſich aus der einem Gläubiger des M bereits erfolgten executiven Einantwortung des Theilbetrages von 70 fl. 50 kr. aus der Darlehensforderung. Der Beklagte erkannte den Inhalt des Schuldſcheines an, vertheidigte ſich aber mit der Anführung, daß er noch im Jänner 1863 dem M eine Abſchlagszahlung von 536 fl. geleiſtet und M ihm verſprochen habe, ſofort auf dem Schuldſchein dieſelbe anzumerken; daß er am 17. Februar 1865 weitere 40 fl. dem M angezahlt und denſelben zu einer Zuſammenkunft am nächſten Tage behufs der Empfangnahme des Schuldreſtes aufgefordert habe, M aber dieſer Aufforderung nicht nachgekommen ſei. Zum Beweis dieſer Thatſachen, in Folge welcher die Klageſumme auf 3 fl. 50 kr. reducirt ſein würde, deferirte B dem Curator A und eventuell den von B benannten 5 Kindern des M als deſſen geſetzlichen Erben (welche die Erbſchaft nicht angetreten haben) den rückſchiebbaren Haupteid, gegen deſſen Zuläſſigkeit A proteſtirte. — Das Gericht erſter Inſtanz hat dem Kläger 3 fl. 50 kr. nebſt Zinſen unbedingt zugeſprochen, für die weiteren 576 fl. auf den von B dem A aufgetragenen Haupteid erkannt und im Falle des dadurch erbrachten Beweiſes den Beklagten von der Zahlung der reſtlichen 576 fl. entbunden. Gründe: Die Verlaſſenſchaft des im Juni 1865 todt aus dem Fluſſe gezogenen M wurde vom Abhandlungsgerichte armuthshalber für abgethan erklärt und von demſelben Gerichte auf Anſuchen der Vormundſchaft ſeiner minderjährigen Kinder A als Verlaſſenſchaftscurator mit der ausdrücklichen Ermächtigung beſtellt, gegen B wegen einer Nachlaßforderung von 650 fl. den Proceß zu führen. Da die Kinder des M die Erbſchaft nicht angetreten haben, ſo iſt es eine ruhende Verlaſſenſchaft, die hier durch den für ſie gerichtlich beſtellten Curator zur Geltendmachung einer Forderung des Erblaſſers auftritt. Der Nachlaßcurator perſonificirt die ruhende Verlaſſenſchaft und vertritt zugleich damit das Intereſſe der Erben; er iſt daher als ein gerichtlich beſtellter Mandatar derſelben anzuſehen und als ſolcher berechtigt, die Streitſache mit Zuſtimmung der Curatelbehörde zu vergleichen (§. 203 a. G. O.). In dieſer Vorausſetzung muß der Beklagte für berechtigt gehalten werden, über die eingewendeten Zahlungen dem als Kläger auftretenden Curator den Haupteid zu deferiren, weil dieſes dem Beklagten allein zu Gebote ſtehende Beweismittel ihm wegen eines außer ſeiner Perſon liegenden Zufalles füglich nicht entzogen werden kann; und es wird ſonach Sache des Nachlaßcurators ſein, ſich zu erklären, ob er den Eid annehmen kann oder ihn zurückſchieben will. Dagegen wäre die eventuelle Eidesdelation an die Kinder des M, als deſſen geſetzliche Erben, unzuläſſig, da dieſelben noch minderjährig, zum Theile ſogar unmündig ſind, die Erbſchaft gar nicht angetreten haben und in der vorliegenden Proceßſache als unbetheiligt erſcheinen. — Vom O. L. G. wurde dem Klagebegehren,

wegen Unzuläſſigkeit des Eidbeweiſes in beiden Richtungen, nach ſeinem vollen Umfang unbedingt ſtattgegeben. — Dagegen ergriff der Beklagte die Reviſionsbeſchwerde, worin er die erſtgerichtlichen Gründe für die Zuläſſigkeit der Eidesdelation an den Curator ausführte und geltend machte, daß für den Fall der Unzuläſſigkeit derſelben auf den von ihm eventuell den Kindern des M deferirten Eid erkannt werden müſſe, da es nicht angehen könne, ihm wegen eines außer ſeiner Perſon liegenden Ereigniſſes die Möglichkeit der Vertheidigung gegen den Klageanſpruch zu entziehen. Es könne nicht dem geringſten Zweifel unterliegen, daß die Kinder des M die Erbſchaft antreten werden, ſobald dieſer Proceß zu Gunſten der Verlaſſenſchaft entſchieden iſt; und es ſei die Erbſchaft von ihnen bisher nur deshalb nicht angetreten worden, damit dem Beklagten für die geleiſteten Rückzahlungen das Beweismittel des Haupteides entzogen bleibe. In der That werde der Proceß doch nur im Intereſſe der Kinder von der Verlaſſenſchaft geführt, die Kinder ſeien alſo thatſächlich die Proceßpartei: es müßte daher wenigſtens auf den von ihnen abzulegenden Haupteid für den Fall erkannt werden, als ſie die Erbſchaft nachträglich anträten. Die Reviſionsbeſchwerde ſchloß mit der Bitte: 1. Das erſtgerichtliche Urtheil zu beſtätigen; wenn nicht, 2. die Proceßentſcheidung von dem den Kindern des M deferirten Eid abhängig zu machen; 3. eventuell zu erkennen, daß die Rechtsfolgen des den Kindern deferirten Eides erſt mit dem Zeitpunkte ihres Antrittes der väterlichen Erbſchaft einzutreten haben.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte aus folgenden Gründen das Urtheil der zweiten Inſtanz: Die Ausführungen der Reviſionsbeſchwerde für die Zuläſſigkeit der Eidesdelation an den Verlaſſenſchaftscurator können bei dem Vorhandenſein eines poſitiven, eine verſchiedene Auslegung nicht geſtattenden Geſetzes, wornach demjenigen, der nicht im eigenen Namen, ſondern für einen Dritten Proceß führt, nur über ſeine eigenen Handlungen der Haupteid aufgetragen werden kann, keine Beachtung von Seite des Richters finden, da es keinem Zweifel unterliegt, daß der Nachlaßcurator A nicht in ſeinem Namen, ſondern für die Verlaſſenſchaft Proceß führt. Eben ſo unzuläſſig iſt die Eidesdelation an die Kinder des M, weil der Haupteid nach §. 203 a. G. O. nur dem Gegner aufgetragen werden kann, die Kinder M aber die Erbſchaft ihres Vaters nicht angetreten haben und in den Proceß als Streittheile gar nicht eingetreten ſind. Ganz unſtatthaft endlich iſt das in der Reviſionsbeſchwerde sub 3 geſtellte Eventualbegehren, weil die Entſcheidung des Proceſſes nur auf Grund des beſtehenden Rechtsverhältniſſes erfolgen und auf Rechtshandlungen, die erſt in der Zukunft etwa vorgenommen werden, kein Bedacht genommen werden kann.

Nr. 4588.

Kaufvertrag: Unbeſtimmtheit des Kaufpreiſes?

Entſch. v. 25. April 1872, Nr. 3621 (Beſt. des das Urth. des L. G. Brünn v. 1. Auguſt 1871, Nr. 9995, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 12. Dec. 1871, Nr. 13443). G. Z. 1872, Nr. 101.

Der in erſter Inſtanz abgewieſenen Klage des Hopfenhändlers A gegen die Bierbrauerfirma B und C puncto Zahlung von 280 fl. 55 kr. nebſt Zinſen für einen auf Borg gekauften Ballen Saazer Hopfen wurde in zweiter Inſtanz zum Theil ſtattgegeben, nämlich dem Kläger der Betrag von 255 fl. nebſt Zinſen für den Fall zugeſprochen, als er mit dem Schätzungseid den Werth des beſagten Hopfenballens auf 255 fl. veranſchlagen würde. — Dagegen ergriffen die Beklagten die Reviſionsbeſchwerde, worin ſie geltend machten, daß wegen gänzlich unbeſtimmt gebliebenen Preiſes ein Kaufvertrag gar nicht zu Stande gekommen ſei; daß die obergerichtliche Berufung auf den §. 1058 a. b. G. B. nicht paſſe, weil der ordentliche Marktpreis als Grundlage eines Kaufes nur in dem Falle dienen könne, wo derſelbe verabredet worden iſt, und daß auch unrichtig ſei, daß die Beklagten, indem ſie den ohne vorgängige Preisbeſtimmung gelieferten Hopfen annahmen, ſich mit dem unter Gewerbsleuten gewöhnlichen Preis zufrieden geſtellt hätten.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz mit Billigung der obergerichtlichen Motive, denen er, den Ausführungen der Reviſionsbeſchwerde gegenüber, noch folgende Erwägungen anfügte. So wie der Kläger nicht angegeben hat, daß weder bei der Beſtellung noch bei der Lieferung des Hopfens irgend ein Preis beſtimmt worden ſei, wurde auch von den Gegnern keine darauf gerichtete Einrede erhoben. Die Einrede beſtreitet nur, daß der Preis von 280 fl. 55 kr. bedungen war, und erklärt dieſen Betrag als ſehr überſpannt. In der Replik behauptete der Kläger die Facturirung des Preiſes, was in der Duplik unwiderſprochen blieb; übrigens gab er zu, daß der Preis des Hopfens nicht ziffermäßig vereinbart wurde, weil Hopfen zu dem Preis beſtellt wird, um den er in Saaz zu haben iſt, mit Zuſchlag eines mäßigen Gewinnes für den Hopfenhändler. Hienach geht aus den Anführungen der Parteien nur ſo viel hervor, daß der Hopfen nicht um jenen Preis beſtellt wurde, den der Kläger bei der Effectuirung der Lieferung in der Factura angeſetzt hat; es fehlt alſo, bei unbeſtrittenermaßen erfolgter Beanſtändigung der überſandten Waare, allerdings die concludente Zuſtimmung der Beklagten zu dem facturirten Preis. Allein dies berechtigt noch nicht zum Schluß, daß nach Art. 337 H. G. B. wegen Unbeſtimmtheit des Preiſes kein verbindlicher Kauf zu Stande gekommen iſt. Wenn die Beſitzer einer Brauerei Hopfen, d. i. eine Waare, deren Preisverhältniſſe ihnen wohl bekannt ſein müſſen, bei einem Hopfenhändler

beſtellen, ohne den Preis vorhinein fixirt zu haben, ſo darf in Hinblick auf die Art. 278 und 279 H. G. B. immerhin angenommen werden, daß die Käufer ſtillſchweigend auf den jeweiligen gangbaren Preis Bezug nahmen und daß der letztere auch von dem Verkäufer gewollt war, welcher auf eine ſolche Beſtellung ſich einließ. Differenzen, die ſich dann über die Höhe der Preisberechnung unter den Contrahenten ergeben, ſtellen nicht die Rechtsverbindlichkeit des Kaufes in Frage, ſondern wälzen lediglich die Laſt des Beweiſes über die Angemeſſenheit der begehrten Preisſumme auf den Verkäufer, und dieſer Beweis wurde auch durch den Schätzungseid dem Kläger in zweiter Inſtanz auferlegt.

Nr. 4589.

Unſtatthaftigkeit der (Bau-) Aufforderungsklage gegen den Beſitzer.

Entſch. v. 30. April 1872, Nr. 871 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Prag v. 15. Juli 1871, Nr. 17488 und des O. L. G. Prag v. 19. Jänner 1872, Nr. 32163). G. Z. 1872, Nr. 100.

In der Verhandlung, die beim Prager Magiſtrat wegen des von der A geplanten Baues eines Häuschens an Stelle des im Hof ihres Hauſes Nr. 118 befindlichen Schupfens ſtattfand, proteſtirte B, der Eigenthümer des Nachbarhauſes Nr. 119, gegen die Bauführung, weil nach dem vorgelegten Plane der A ein zu ſeinem Haus gehöriger, von ihm und ſeinem Beſitzvorfahren benutzter Keller verbaut, beziehentlich die Grundfläche desſelben zum Hauſe Nr. 118 einbezogen und außerdem fünf zur Beleuchtung ſeiner Haustreppe dienende Fenſter verbaut werden ſollten. Auf den Rechtsweg verwieſen, forderte die A mit Klage ihn auf, bei ſonſtiger Auflage des ewigen Schweigens und Geſtattung des planmäßigen Baues ſein Recht an dem Keller und ſein Fenſterrecht auszuführen. B beantwortete die Klage mit einer Einrede, worin er die Unzuläſſigkeit der Aufforderung aus dem Grunde behauptete, weil er im Beſitze der beſagten Rechte ſei und daher nach §. 323 a. b. G. B. zur Angabe ſeines Titels nicht aufgefordert werden könnte.

Der oberſte Gerichtshof hat die principielle Frage: ob dieſe Einrede dem B zuſtehe und geeignet ſei, die Aufforderungsklage der A zu entkräften, gegen die Anſicht der beiden Untergerichte bejaht und auf Grund des nach ſeiner Ueberzeugung erbrachten Beweiſes des von B eingewendeten Rechtsbeſitzes denſelben klagefrei geſprochen. Ueber die erwähnte Principfrage heißt es in den oberſtgerichtlichen Motiven: Obgleich auf eine im Sinne des §. 72 a. G. O. wegen eines beabſichtigten Baues vom Bauunternehmer angeſtellte Aufforderungsklage das Vorbringen einer Einrede von Seite des aufgefor-

derten Anrainers, ſtatt der provocirten Klage, zum Zweck der Verhandlung über die Thatſache der Berühmung überflüſſig und unzuläſſig erſcheint, weil dieſe Thatſache durch den gegen die Baufführung eingelegten Widerſpruch des Anrainers und die voraufgegangene Verhandlung bei der politiſchen Behörde bereits ſichergeſtellt iſt, ſo kann das Recht des Aufforderers doch nicht dahin erweitert werden, daß er auch den Beſitzer einer Liegenſchaft, worauf der geplante Bau ganz oder zum Theil aufgeführt werden ſoll, welche daher in ihrem Beſtande bedroht erſcheint, ſoll anhalten können, die Rechtmäßigkeit ſeines Beſitzes ihm gegenüber zu beweiſen. Einem ſolchen Beſitzer muß vielmehr auf Grund der §§. 323 und 324 a. b. G. B. und lit. cc des Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621, unverwehrt bleiben, die Zuläſſigkeit der Aufforderungsklage mittelſt der Einrede ſelbſt in dem Falle zu beſtreiten, wenn ſein Beſitz mit der rechtlichen Vermuthung, die dem Aufforderer bezüglich des Bauobjectes zu ſtatten kommt, unvereinbar wäre. Wer ſich durch eine ſolche Handlung (Einſprache) des Aufgeforderten, die ihm als Anmaßung zur Laſt gelegt wird, gekränkt erachtet, muß ſein Recht mittelſt ordentlicher Klage, nicht auf dem Wege der im §. 72 a. G. O. vorgeſehenen Aufforderung geltend machen. Denn bevor die Aufforderung platzgreift, muß über den Beſitz des Aufforderers ſelbſt entſchieden ſein und kein Zweifel beſtehen.

Nr. 4590.

Giltigkeit des über den Unterhalt der thatſächlich getrennt lebenden Gattin getroffenen Uebereinkommens.

Entſch. v. 30. April 1872, Nr. 4420 (Beſt. des das Urth. des B. G. Podiebrad v. 26. Nov. 1871, Nr. 3884, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 26. Februar 1872, Nr. 6782). G. Z. 1872, Nr. 96.

Aus Anlaß der freiwilligen außergerichtlichen Scheidung der Ehegatten B und A von Tiſch und Bett hatte der erſtere ſchriftlich ſich verpflichtet, der letzteren alljährlich 10 fl. Quartiergeld zu zahlen. Um die Zahlung für die letzten drei Jahre belangt, wendete er mit Berufung auf §. 93 a. b. G. B. (Verbot der „eigenmächtigen" Aufhebung der ehelichen Gemeinſchaft) die Ungiltigkeit des obigen aus dem ungiltigen Scheidungsübereinkommen entſprungenen Vertrages ein. — Das Gericht erſter Inſtanz hielt dieſe Einwendung für begründet und wies die Klage der A zurück. — Das O. L. G. verurtheilte den B nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Die Einwendung, daß die den Klageanſpruch begründende Erklärung des B rechtsunwirkſam ſei, iſt unſtatthaft. Denn daraus, daß nach §. 93 a. b. G. B. den Eheleuten nicht erlaubt iſt, die eheliche Gemeinſchaft, ſelbſt wenn ſie darüber einig ſind, eigenmächtig aufzuheben, folgt keineswegs, daß ſie

nicht über die Scheidung ſich freiwillig einverſtehen und miteinander die nöthigen Beſtimmungen über den der Ehefrau zu leiſtenden Unterhalt treffen können; daß ein ſolches Uebereinkommen geſtattet iſt, ergibt ſich aus der Anordnung der §§. 103 und 105 a. b. G. B. In der zur Frage ſtehenden Erklärung des B iſt übrigens von der Aufhebung der ehelichen Gemeinſchaft gar nicht die Rede, ſondern lediglich von der Zuſicherung eines jährlichen Quartiergeldes von 10 fl. an die A, „ſie möge wohnen, wo ſie wolle". Die Frage, ob die freiwillige Scheidung unter Beobachtung der geſetzlichen Förmlichkeiten erfolgt ſei, iſt für die Entſcheidung des vorliegenden Proceſſes ganz gleichgiltig. Da eine gerichtlich genehmigte oder ausgeſprochene Scheidung (§§. 103 und 107 a. b. G. B.) nicht vorliegt, ſo bleibt es bei der im §. 91 a. b. G. B. gegründeten Verpflichtung des B, der A den anſtändigen Unterhalt zu verſchaffen und wenn ſich nun beide Ehetheile auf ein jährliches Quartiergeld für die Frau geeinigt haben, ſo liegt darin nichts Ungeſetzliches noch Unerlaubtes, zumal ſelbſt die geſchiedene Gattin auch ohne Vertrag zur Forderung des Unterhaltes gegen den Gatten berechtigt iſt, mithin um ſo mehr, wenn der letztere hiezu durch Vertrag ſich verpflichtet hat.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das obergerichtliche Urtheil aus deſſen Gründen.

Nr. 4591.

Verpflichtung des ungehorſamen Gemeinſchuldners zur Beſchwörung ſeines Vermögensſtandes, ſelbſt nach eingetretener Rechtskraft des die Concurseröffnung wegen ungenügenden Vermögens verweigernden Beſcheides.

Entſch. v. 30. April 1872, Nr. 4439 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Olmütz v. 23. Februar 1872, Nr. 1705 und des O. L. G. Brünn v. 13. März 1872, Nr. 2980). G. H. 1872, S. 294. Jur. Bl. 1872, Nr. 17.

A, welcher gegen ſeine Schuldnerin B die Eröffnung des Concurſes verlangt hatte, erneuerte das Begehren, nachdem die B weder bei der nach §. 63 C. O. angeordneten Tagfahrt erſchienen war, noch den A ſichergeſtellt hatte. Es wurde die Concurseröffnung wegen Geringfügigkeit des Vermögens verweigert, worauf A, ohne gegen den abweiſenden Beſcheid zu recurriren, um Erlaſſung des Auftrages an die B zur Ablegung des im §. 66 ibid. bezeichneten Eides bat. — Beide Untergerichte haben dieſes Geſuch abgewieſen, — das O. L. G. mit der Begründung, daß der das Begehren des A um die Concurseröffnung zurückweiſende Beſcheid unangefochten blieb und die Rechtskraft beſchritten hat; daß der die Eidpflicht des Schuldners ſtatuirende §. 66 C. O. immer vorausſetzt, daß der Schuldner ſelbſt ein, wenn-

gleich geringfügiges Vermögen angegeben oder erklärt hat, kein Vermögen zu besitzen; daß aber die B bisher über ihr Vermögen keine Erklärung abgegeben hat, und eine solche Erklärung auch nicht aus dem Protokolle vom . . . über die auf früheres Einschreiten des A vollzogene executive Pfändung ihrer Mobilien zu entnehmen ist; daß der B der Eid, von ihrem Vermögen nichts verschwiegen zu haben, nicht auferlegt werden kann, da das hiezu nöthige Substrat, nämlich die von ihr gemachte Angabe des Vermögens, fehlt.

In Erwägung, daß die Vorschrift des §. 66 E. O. Alinea 2 in der Absicht begründet ist, die Gläubiger vor Vermögensvertuschungen unredlicher Schuldner zu beschützen; daß dieser Grund nicht nur in dem Falle, wo das von dem Schuldner bei der nach §. 63 E. O. abgehaltenen Tagfahrt angegebene Vermögen für die Durchführung der Concursverhandlung sich nicht als zureichend zeigt, sondern auch dann vorhanden ist, wenn der Schuldner jene Tagfahrt gar nicht besucht hat und die Geringfügigkeit des Vermögens in anderer Weise sich ergibt, weil sonst der Schuldner durch sein Ausbleiben von der Tagfahrt jederzeit das dem Gläubiger gewährte Rechtsmittel vereiteln könnte und dem Gesetze die Begünstigung des unfolgsamen Schuldners vor demjenigen, der zur Tagfahrt erscheint und ein Vermögen angibt, nicht zugemuthet werden darf; daß A, indem er den die Concurseröffnung verweigernden Bescheid unangefochten ließ, des Rechtes, die Ablegung des im §. 66 E. O. bezeichneten Eides zu fordern, nicht verlustig geworden ist, weil das Gesetz diesen Eid dem Schuldner auferlegt, wenn eben wegen Geringfügigkeit des Vermögens die Concurseröffnung versagt wird; daß überdies die B bei der auf Einschreiten des A vorgenommenen Pfändung ihrer Mobilien laut des Pfändungsprotokolles gegenwärtig war und dasselbe unterschrieben hat, daher das darin enthaltene Verzeichniß der Vermögensstücke einer Vermögensangabe ihrerseits gleich zu halten ist, — hat der oberste Gerichtshof der B die Leistung des Eides aufgetragen, daß sie von ihrem Vermögen nichts verschwiegen habe und daß sie außer dem im Pfändungsprotokolle vom . . . bezeichneten Vermögen kein Vermögen besitze.

Nr. 4592.

Wettvertrag: Giltigkeit der Wette trotz sicherer Kunde des Gewinnenden von der Wahrheit seiner Behauptung.

Entsch. v. 1. Mai 1872, Nr. 2036 (Best. des das Urth. des B. G. Brueck v. 26. Oct. 1871, Nr. 3341, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 5. Dec. 1871, Nr. 4826). Gazz. dei Trib. 1873, Nr. 10.

Im Jahre 1858 bot C dem B die Wette an, daß er, B, nicht 200 Silberthaler besitze; B versicherte, daß er mehr als diese Anzahl Silberthaler bei sich habe und ging, als C trotzdem sein Angebot wiederholte, auf die Wette ein. Der Wettpreis von je 100 fl. wurde

ſofort bei einem der Anweſenden hinterlegt, ſodann die Barſchaft des B gezählt, welche in mehr als 200 Silberthalern beſtand, und das Wettgeld demſelben als Gewinner übergeben. Im Jahre 1871 trat A, als Ceſſionar des C, gegen B klagend auf und forderte das Wettegeld des C zurück, indem er behauptete, daß der Wettvertrag ungiltig war, weil der Beklagte wußte, daß er mehr als 200 Silberthaler damals beſaß (§. 1270 a. b. G. B.). Nachdem B in dem Proceſſe zugegeben, daß er in der That dies gewußt habe, erkannte das Gericht erſter Inſtanz nach dem Klagebegehren. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewieſen: Nachdem der §. 1270 a. b. G. B. erſt im Allgemeinen ein beiden Theilen noch unbekanntes Ereigniß als den Gegenſtand der Wette bezeichnet, ſpricht er noch im Beſonderen den Fall, daß der Gewinner oder der Verlierende vom Ausgange der Wette Gewißheit hatte, und erklärte im erſten Falle, die Wette nicht ſchlechthin, ſondern nur dann für ungiltig, wenn der Gewinner die Gewißheit, die er von dem Ausgange hatte, verheimlicht; er ſagt, daß dadurch der Gewinner ſich einer Argliſt ſchuldig macht und daß die Wette deshalb ungiltig iſt. Die Worte: „und verheimlichte . . . ſo machte er ſich u. ſ. w." laſſen nach ihrer Bedeutung und in ihrem Zuſammenhange (§. 6 a. b. G. B.) keine andere Auslegung zu; denn die Worte: „verheimlichte er ſie dem anderen Theile" können nicht einen Fall bezeichnen, der für ſich allein denkbar und von dem Falle verſchieden iſt, der in dem vorhergehenden Theile desſelben Satzes erwähnt wird, weil das Verheimlichen aber ſchon die Gewißheit des Verheimlichers vorausſetzt. Auch §. 1271 a. b. G. B., welcher nur „redliche" Wetten für verbindlich erklärt, ſchließt nicht die Gewißheit des Wettenden von dem Ausgange, ſondern nur deſſen Argliſt aus. Eine ſolche iſt aber in dem vorliegenden Falle geradezu ausgeſchloſſen, weil C, der die Wette verlor, und ein Zeuge beſtimmt angeführt haben, daß B ausdrücklich erklärt hatte, mehr als 200 Silberthaler zu beſitzen; wenn nun C dieſer Verſicherung keinen Glauben ſchenken wollte, ſo lag darin eine nur von ihm ſelbſt verſchuldete Ungläubigkeit, keineswegs eine Argliſt des B. Daß B redlich handelte, ergibt ſich am deutlichſten wohl daraus, daß C 10 Jahre lang um ſeine verlorenen 100 fl. ſich nicht kümmerte, dadurch die Giltigkeit der Wette anerkannte und erſt nach dem Verlaufe dieſes Zeitraumes ſein etwaiges Zurückforderungsrecht gegen das Entgelt von nur 15 Centner Klee und mit Verwahrung gegen jede Haftung dem Kläger A cedirte, der den Anſpruch auch wieder erſt nach zwei Jahren geltend machte. Wenn übrigens nach dem Schlußſatze des §. 1271 a. b. G. B. der Wettpreis gerichtlich nicht gefordert werden kann, ſo geht es noch weniger an, nach mehr als 12 Jahren einen dem Gewinner ruhig belaſſenen Preis gerichtlich zurückzufordern.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte mit Bezugnahme auf die vorſtehende Begründung das Urtheil der zweiten Inſtanz.

Nr. 4593.

Unstatthaftigkeit einer Ersatzforderung im Falle des vom Hausbesitzer unterlassenen Abzuges der Einkommensteuer.

Entsch. v. 1. Mai 1872, Nr. 4002 (Best. des das Urth. des B. G. Königgrätz v. 10. Dec. 1871, Nr. 12215, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 19. Februar 1872, Nr. 4726). G. H. 1872, S. 214.

Der Klage des A auf Zahlung einer 18 fl. betragenden Rate seines auf dem Hause des Beklagten B pfandrechtlich sichergestellten Geldausgedinges setzte dieser die Einrede der Compensation entgegen, indem er die 5%, welche er nach dem kaiserl. Patent v. 10. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 412, dem Kläger für Steuern abziehen durfte, allein die ganze Zeit her — durch 14 Jahre — niemals abzog, jetzt mit 306 fl. in Abrechnung brachte. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde dieser Einwendung gemäß die Klage abgewiesen. — Das O. L. G. ließ die Compensation nicht gelten und erkannte nach dem Klagebegehren.

In Erwägung, daß B von dem nach dem citirten Patent §. 6 ihm zustehenden Rechte gegen A durch 14 Jahre keinen Gebrauch gemacht, daher auf die Ausübung desselben thatsächlich verzichtet hat; daß kein Rechtsgrund besteht, aus welchem B jetzt die Zahlung der von ihm nicht abgezogenen Beträge fordern, resp. dieselben dem liquiden Anspruche des A compensando entgegensetzen könnte, da die Zahlung der (Grund- und Gebäude-) Steuern ihm oblag, er daher mit der Entrichtung dieser Steuern nur seine eigene Verbindlichkeit erfüllt und keineswegs für den A einen Aufwand bestritten hat, den dieser selbst hätte machen müssen (§. 1042 a. b. G. B.); daß aber auch nicht von der irrthümlichen Zahlung einer Nichtschuld (§. 1431 ibid.) die Rede sein kann, da B nicht behauptet hat, daß ihm die Berechtigung zum Abzug der 5% für die Steuern unbekannt war, — hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 4594.

Eidesablegung Confessionsloser.

Plenar-Entsch. v. 1. Mai 1872, Nr. 4310 (Abänd. der Decr. des L. G. Wien v. 13. Jänner 1872, Nr. 70589 und des O. L. G. Wien v. 21. Februar 1872, Nr. 2688). Judicatenbuch Nr. 73. G. Z. 1872, Nr. 49 und 86. G. H. 1872, S. 197. (Manz'sche Sammlung I, S. 62.)

Nachdem in der Rechtssache der Firma A & C gegen B den Klägern A und C das Anbringen von Neuerungen in der Replik gegen ihren Eid, dieselben in der Klage nicht geflissentlich verschwiegen zu haben, bewilligt worden war, überreichten sie die Antretung des Eides nach der im §. 1 des Gesetzes v. 3. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 33,

für den Parteieneid in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten vorgeſchriebenen Formel, welche C mit der Erklärung begleitete, daß er confeſſionslos ſei. Auf dieſes Geſuch wurde zur Ablegung des Eides durch A und, in Betreff des C, zur vorgängigen Anhörung des Beklagten über die Confeſſionsloſigkeit des C Tagfahrt angeordnet, bei welcher A den Eid nach der erwähnten Formel ablegte und ſein Streitgenoſſe C die Erklärung abgab, daß er, einſt moſaiſchen Glaubensbekenntniſſes, confeſſionlos geworden ſei, die Confeſſionsloſigkeit beim Magiſtrate zu Wien angemeldet und darauf vor demſelben mit einer confeſſionslos gewordenen Perſon ſich verehelicht habe, übrigens bereit ſei, den Eid zu ſchwören, jede Förmlichkeit, die das Geſetz dabei fordern mag, zu erfüllen, daher den Eid auch nach moſaiſchem Ritus zu leiſten, durch welchen er ſich für vollkommen gebunden halten würde. Nachdem die Gegenpartei darauf erklärt hatte, daß das Verfahren bei der Eidesabnahme lediglich Sache des Gerichtes ſei, daß ſie nur auf der Ablegung des Eides beſtehe und nichts dagegen zu erinnern habe, ob derſelbe nach moſaiſchem Ritus oder ohne irgend eine beſondere Förmlichkeit von C abgenommen werde, entſchied das Gericht erſter Inſtanz, daß C zum Eide nicht zuzulaſſen ſei, wogegen das O. L. G. auf den Recurs der Kläger die Ableiſtung des Eides durch C nach moſaiſchem Ritus verordnete.

Auf den Recurs des Beklagten, entſchied der oberſte Gerichtshof, daß C den angetretenen Eid nach §. 1 des Geſetzes vom 3. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 33, ohne die im §. 4 ebendort für Israeliten vorgeſchriebenen beſonderen Förmlichkeiten abzulegen habe, weil C ſich als confeſſionslos ausgegeben hat, folglich bei der Eidesleiſtung nicht als Israelit behandelt werden kann, andererſeits aber, wenn er auch einer beſonderen Confeſſion nicht angehört, nach §. 1 des cit. Geſetzes deshalb von der Ablegung eines gerichtlichen Eides nicht ausgeſchloſſen erſcheint und die Anwendung der richtigen und geſetzlichen Form der Eidesabnahme eine von der Bereitwilligkeit oder Zuſtimmung der Parteien unabhängige Amtsſache iſt.

Zugleich beſchloß der oberſte Gerichtshof die Eintragung des nachſtehenden Maxime in das Judicatenbuch: „Der gerichtliche Eid einer confeſſionsloſen Proceßpartei iſt nach der im §. 1 des Geſetzes vom 3. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 33, vorgeſchriebenen Formel abzulegen. Bei der Abnahme des gerichtlichen Eides einer confeſſionsloſen Proceßpartei, welche früher moſaiſchen Bekenntniſſes war, ſind die im §. 4 des citirten Geſetzes für den Eid der Israeliten vorgeſchriebenen Förmlichkeiten ausgeſchloſſen, ſelbſt wenn die Partei zur Erfüllung derſelben ſich bereit erklärt hätte.“

Nr. 4595.

Aufschub der Eidesleistung im Falle strafgerichtlicher Betrugsanzeige.

Entsch. v. 1. Mai 1872, Nr. 4472 (Best. des Decr. des B. G. Kaplitz v. 10. Februar 1872, Nr. 563, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 5. März 1872, Nr. 7191). G. H. 1872, S. 194.

Die Abnahme des von A angetretenen Erfüllungseides wurde auf die von seinem Gegner B bei dem Strafgerichte gemachte Anzeige des Verbrechens des Betruges durch Antretung dieses, angeblich falschen Eides von dem Gerichte erster Instanz suspendirt. — Das O. L. G. verordnete die Abnahme des Eides aus folgenden Gründen: Nach der im §. 231 a. G. O. für die Beweisführung pro vitando perjurio ertheilten Vorschrift ist allerdings der Gegner des Beweisführers zur Ablegung des Eides nicht zuzulassen; allein das Proceßgesetz bestimmt nirgends, daß auch im Falle einer gemachten strafgerichtlichen Anzeige die Ablegung des auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils angetretenen Eides suspendirt werden soll. Es muß daher dem B überlassen bleiben, nach §. 234 a. G. O. seine Beweismittel wegen falschen Eides dem Strafgerichte zur Untersuchung zu übergeben, da es sich hier nicht erst um Entscheidung einer Streitsache, sondern um einen schon — wenn auch bedingt — entschiedenen Proceß handelt.

In Erwägung, daß, nachdem B in Folge der von Seite des A geschehenen Antretung des urtheilsmäßigen Erfüllungseides die Einleitung der strafgerichtlichen Untersuchung wegen Betruges durch Antretung eines falschen Eides gefordert hat, die Heiligkeit des Eides und die schweren Folgen des Meineides erfordern, daß mit der Abnahme des Eides bis zur Entscheidung des Strafgerichtes nach Analogie des Hofdecretes vom 26. September 1842, J. G. S. Nr. 642, innegehalten werde, hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Verordnung bestätigt.

Nr. 4596.

Geldschulden: Einfluß des Zwangscurses.

Entsch. v. 2. Mai 1872, Nr. 2410 (Abänd. der Urth. des L. G. Krakau v. 17. April 1871, Nr. 5635 und des O. L. G. Krakau v. 3. Oct. 1871, Nr. 11375). G. Z. 1873, Nr. 94.

Auf die Hypothekarklage des A gegen B pto. Zurückzahlung eines im Jahre 1845 von dem Besitzvorgänger des Beklagten aufgenommenen Darlehens von 9650 fl. polnisch, schwerer polnischer Silbermünze-Courant, erkannte das Gericht erster Instanz, daß gemäß §. 9 des kaiserl. Patentes vom 27. April 1858, R. G. Bl. Nr. 63, die Zahlung in derselben Münze zu leisten sei. — Das O. L. G.

gestattete dem Beklagten, die dargeliehene Summe in österreichischen Banknoten, 4 fl. polnisch auf 1 fl. ö. W. gerechnet, zurückzuzahlen, weil in dem Schuldscheine vom Jahre 1845 die Gattung der Silbermünze speciell nicht angeführt und in dem vorliegenden Falle nicht die Vorschrift des §. 9, sondern des §. 5 des kaiserl. Patentes vom 27. April 1858 maßgebend ist.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß B die Zahlung der eingeklagten Summe zu 4 fl. polnisch auf 1 fl. ö. W. gerechnet, jedoch in Silbermünze zu leisten habe. Gründe: Die Fragen, ob der Beklagte die Hypothekarschuld in Silber oder, statt in polnischen Gulden, auch in österr. Währung zu zahlen habe, sind durchaus nicht identisch. Auch im letzteren Falle kann weiter unterschieden werden, ob die in ö. W. nach dem im §. 5 des kais. Patentes vom 27. April 1858, R. G. Bl. Nr. 63, angegebenen Maßstabe umgesetzte Schuld in Banknoten oder in Silbermünze zu zahlen sei. Da in dem Schuldscheine ddo. 29. October 1845 die Rückzahlung ausdrücklich in schwerer polnischer Silbermünze versprochen und bedungen wurde; da eine solche Silbermünze zur Zeit des geschlossenen Darlehensvertrages im bestandenen Freistaate Krakau wirklich im Umlaufe war, aber sich schon zu jener Zeit für Krakau als eine ausländische Münze darstellte und dies nach der Vereinigung Krakau's mit dem österreichischen Staate um so gewisser geblieben ist, so unterliegt es keinem Zweifel, daß im vorliegenden Falle die Zahlung gemäß dem Finanzministerialerlasse vom 21. Mai 1848, J. G. S. Nr. 1152 und kais. Patent vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157, dann gemäß §. 9 des kais. Patentes vom 27. April 1858, R. G. Bl. Nr. 63, in Silber und zwar zunächst in polnischen Guldenstücken gebühre. Wenngleich B nur aus der Hypothek haftet und nach Inhalt des der Klage angeschlossenen Hypothekenamtszeugnisses nur die Summe pr. 6950 fl. polnisch ohne Beisatz auf der Liegenschaft versichert ist, so müssen doch der heutige Beklagte gleich dem ursprünglichen Darleiher zur Zahlung in Silbermünze als verpflichtet erkannt werden, weil zur Zeit der Aufnahme und Versicherung des Darlehens, nämlich im Jahre 1845, die polnischen Gulden in Krakau die gesetzlich cursirende Geldwährung darstellten und zu jener Zeit mit der bloßen Verbücherung der Darlehenssumme in polnischen Gulden der Gläubiger auch für ein in Münze zu forderndes Darlehen die ausreichende Versicherung finden konnte, da eine Werthverschiedenheit zwischen klingender Münze und Papiergeld damals in Krakau gesetzlich nicht bestand. Zu dem kommt, daß auch nach dem für Krakau geltenden Hypothekengesetze nicht alle Modalitäten der Abzahlung von Pfanddarlehen im Hauptbuche ersichtlich gemacht zu werden brauchten, weil laut Art. 21 des Hypothekengesetzes vom 6. September 1822 auch dort das Hauptbuch die Berufung auf die im Ingrossationsbuche verbücherte Urkunde zu enthalten hat und der Eigenthümer der Pfandsache, welcher die in dem Hauptbuche ver-

bücherte Last überhaupt übernimmt, auch in alle Verpflichtungen des Schuldners, soweit solche aus der Einsicht des öffentlichen Buches ersehen werden konnten und so weit es sich um die Art und Weise, wie die Schuld abzutragen ist, handelt, eintritt. Da aber gegenwärtig die polnische Silbermünze auch in Krakau nicht mehr gesetzlich im Verkehr steht, muß auf Grund des §. 989 a. b. G. B. und des Patentes vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157, wonach auch die in ausländischen Silbermünzen gebührenden Zahlungen nach deren Werthe in Banknoten geleistet werden können, und der §§. 5 und 9 des Patentes vom 27. April 1858, R. G. Bl. Nr. 63, den Schuldnern gestattet werden, die Schuld in österr. Währung, immer jedoch in Silber, d. h. mit Zugrundelegung des Werthes, welchen die Summe pr. 1737 fl. 50 kr. ö. W. in Silber darstellt, zu zahlen.

Nr. 4597.

Bevollmächtigungsvertrag: Ueberschreitung der Vollmacht? Nachträgliche Genehmigung?

Entsch. v. 2. Mai 1872, Nr. 4080 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 6. Juni 1871, Nr. 18307 und des O. L. G. Wien v. 24. Jänner 1872, Nr. 24147. G. Z. 1872, Nr. 46.

A behauptete, von B den Auftrag erhalten zu haben, die Beistellung der Einrichtungsstücke für die Wohnung des Letzteren zu besorgen und hiebei ganz nach seinem eigenen Geschmacke vorzugehen, ohne daß die Preise der anzuschaffenden Möbel irgendwie limitirt worden wären; er gab weiter an, diesem Auftrage aus bloßer Freundschaft und Gefälligkeit für den Auftraggeber sich unterzogen und die in dem von ihm beigebrachten Conto verzeichneten Gegenstände um den Preis von 6900 fl. angekauft und seinem Mandanten abgeliefert zu haben, von dem er nun den unbezahlt gebliebenen Restbetrag von 3400 fl. forderte. Zum Beweise der Anschaffung der fraglichen Einrichtungsstücke und der hiebei gehabten Auslagen wurde der Haupteid, über die Angemessenheit der Preise der Sachverständigenbeweis angeboten. B wendete ein, daß er den Auftrag lediglich dahin ertheilte, die Möbel zu solchen Preisen zu besorgen und zu liefern, auf welche Möbel von gewöhnlicher Fabriksarbeit zu stehen kommen und bot hiefür den Beweis durch den Haupteid an. B verweigerte demnach die angesprochene Restzahlung, weil A seine Vollmacht überschritten, Einrichtungsstücke zu viel höheren Preisen als die gewöhnlichen beigestellt und bei Empfangnahme der letzten Abschlagszahlung erklärt habe, es sei nunmehr alles beglichen. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den von A angebotenen Haupteid aus folgenden Gründen: Wird bewiesen, daß Kläger die im Conto verzeichneten Auslagen für

den Geklagten in dessen Auftrag gemacht, so besteht sein Anspruch selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge zu Recht (§. 1014 a. b. G. B.), um so mehr, wenn das aufgetragene Geschäft wirklich verrichtet und die Gegenstände dem Auftraggeber geliefert worden sind. Dieser Beweis kann durch den angebotenen Haupteid hergestellt werden. Gegner erbietet sich zwar, die von ihm behauptete Beschränkung der Vollmacht des A zu erweisen. Ein solcher Beweis wäre aber völlig irrelevant, weil der Gewaltgeber auch dann verbunden bleibt, wenn er das von seinem Mandatar mit Ueberschreitung der erhaltenen Vollmacht geschlossene Geschäft entweder genehmigt oder den daraus entstandenen Vortheil sich zuwendet (§. 1016 a. b. G. B.). Nun ist hier eine (stillschweigende) ratihabitio durch Zuwendung des Vortheils eingetreten; denn die Annahme der Möbel wurde keineswegs verweigert, sie wurden vielmehr vom Geklagten in Empfang genommen und in dessen Wohnung zur Benützung aufgestellt. Den Vortheil, der aus der Anschaffung von Wohnungseinrichtungsstücken, ob sie nun auf einen billigen oder hohen Preis zu stehen kommen, entsteht, wendet man sich aber eben dadurch zu, daß man sie der Benützung zuführt. Die Zahlungspflicht ist darum nach §. 1016 a. b. G. B. begründet, zumal sonst Geklagter, der doch nur ganz gewöhnliche Fabriksmöbel bestellt haben will, wenn er die zu hohen Preisen angeschafften Gegenstände, ohne zur Zahlung des höheren Preises verbunden zu sein, einfach behalten und benützen könnte, einen ganz ungerechtfertigten Vortheil auf Kosten eines Anderen erlangen würde. — Das O. L. G. entschied in derselben Weise.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde des Geklagten mit folgender Begründung: Wenn Kläger als zugestandener Machthaber des Geklagten die in Folge des ihm übertragenen Geschäftes gemachten Auslagen erweist, muß der Geklagte sie ihm nach §. 1014 a. b. G. B. ersetzen. Ueberschritt der Kläger die Grenzen seiner Vollmacht, so würde er dadurch nicht jeden Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen verlieren, sondern hätte nur nach §. 1009 ibid. für die Folgen zu haften, d. i. dem Geklagten den Schaden zu ersetzen, welchen er demselben durch Ueberschreitung der Vollmacht verursachte. Der Geklagte hat aber weder einen Schaden, noch die Größe desselben erwiesen. Darin, daß statt der angeblich bedungenen Möbel minderer Qualität und niederen Preises Möbel besserer Qualität und höheren Preises angeschafft wurden, liegt an und für sich noch keine Beschädigung, am wenigsten kann die Größe des Schadens in der Preisdifferenz liegen. Die Zuerkennung des Preises geringerer Waare für thatsächlich angeschaffte und höher bezahlte bessere Waare wäre keine Entschädigung, sondern eine Bereicherung des Machtgebers auf Kosten des Machthabers. Uebrigens hat der Geklagte die vom Kläger angeschaffte Möblirung angenommen, rücksichtlich behalten, hiemit selbe genehmigt und ist schon deshalb nach

§. 1016 zum Ersatze des Aufwandes verpflichtet. Kläger war nicht Lieferant, sondern Machthaber: wenn also auch die Preise für einige Posten als zu hoch befunden würden, so könnte diesfalls dem Kläger, wenn er den geforderten Preis zahlte, nur dann ein Ersatz obliegen, rücksichtlich ein Abzug gemacht werden, wenn erweislich wäre, daß ihm ein Verschulden dabei zur Last fiel. Es wurde aber auch in dieser Beziehung weder ein Verschulden noch die Höhe des dadurch dem Geklagten zugegangenen Schadens erwiesen.

Nr. 4598.

Unbedingte Schuldanerkennung?

Entsch. v. 2. Mai 1872, Nr. 4161 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Feldkirch v. 23. Dec. 1871, Nr. 930 und des O. L. G. Innsbruck vom 15. Februar 1872, Nr. 732). Jur. Bl. 1872, Nr. 17.

Die Firma A stellte gegen B eine Forderung von 1739 fl. für demselben verkaufte Waaren, und ließ den B durch ihren Rechtsfreund wegen derselben außergerichtlich einmahnen. B stellte dem Advocaten der Firma die schriftliche Erklärung aus, daß er zwar Einwendungen gegen die Forderung hätte, allein zur Vermeidung des Processes dieselbe anerkennen und in Raten zahlen wolle. Der Vertreter der Firma behielt sich deren Zustimmung zur ratenweisen Zahlung vor und als diese versagt wurde, belangte er den B auf sofortige Zahlung der ganzen Forderung. — Von beiden Untergerichten wurde B nach dem Klagebegehren verurtheilt ohne Berücksichtigung der von ihm vorgebrachten Einwendungen, daß die ihm gelieferten Waaren von mangelhafter Beschaffenheit seien und daß ein Bevollmächtigter der Firma A ihm einen Privatnachlaß zugesagt habe.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des B hat der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen verworfen: Die von B ausgestellte schriftliche Erklärung enthält nicht nur die Anerkennung der Richtigkeit des Handelsbuchauszuges der klagenden Firma, sondern auch seinen Verzicht auf Einwendungen gegen einzelne Partien, weshalb der Zeugenbeweis, den B für die angebliche Herabsetzung des Waarenpreises antrug, von den Untergerichten mit Recht ausgeschlossen wurde. Damit aber, daß die Untergerichte in der Erklärung des B nicht einen an die Bedingung der Bewilligung von Ratenzahlungen geknüpften Vergleichsantrag, sondern eine unbedingte Anerkennung der klägerischen Forderung erblickten, kann eine Gesetzesverletzung oder eine offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden.

Nr. 4599.

Unzuläſſigkeit der Eidesdelation über dem Delaten unbekannte Thatſachen.

Entſch. v. 7. Mai 1872, Nr. 2774 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Neubau in Wien v. 7. Juni 1871, Nr. 8379 und des O. L. G. Wien v. 29. Nov. 1871, Nr. 8379). Jur. Bl. 1872, Nr. 26.

Der minderjährige A iſt der Erbe des M, welcher dem B ein Darlehen von 300 fl. gegeben hatte. Als der Vormund des A den B auf Zahlung dieſer Schuld belangte, wendete B ein, daß ihm der Verſtorbene für vielfache und erfolgreiche Dienſte in einer beſtimmten Geſchäftsſache ein Honorar ſchuldig geworden ſei, daß zwiſchen ihnen deshalb eine Abrechnung ſtattgefunden und M bei derſelben ihm die Schuld von 300 fl. als Entgelt für ſeine Dienſtleiſtungen nachgelaſſen habe. Da klägeriſcherſeits dieſe Anführungen geleugnet wurden, trug B dem A über die Abrechnung und den Schulderlaß den rückſchiebbaren Haupteid auf, ohne gegen die Behauptung des klagenden Vormundes, daß A von den Thatſachen, auf die ſich der Haupteid bezieht, durchaus keine Kenntniß habe noch haben könne, Umſtände dafür vorzubringen, daß A von der angeblichen Abrechnung Wiſſenſchaft habe oder ſich verſchaffen könne. — Beide Untergerichte erkannten auf den dem A deferirten Haupteid.

Der oberſte Gerichtshof erklärte die Auftragung des Haupteides über Thatſachen, welche dem Delaten unbekannt geblieben ſind und von denen er ſich eine Kenntniß auch nicht verſchaffen kann, für unzuläſſig, beſeitigte deshalb, ſo wie in Anbetracht der Minderjährigkeit des A und des nicht feſtgeſtellten Umſtandes, daß derſelbe zur Zeit des Vorganges, worüber der Eid von ihm abgelegt werden ſoll, das Alter der Mündigkeit ſchon erreicht hatte, den von den Untergerichten ſententionirten Haupteid und verurtheilte den B unbedingt nach dem Klagebegehren.

Nr. 4600.

Grundbücherliche Eintragung: Entbehrlichkeit der Mitfertigung zweier Zeugen auf einer legaliſirten Tabularurkunde.

Plenar-Beſchluß v. 7. Mai 1872, Nr. 4596. Judicatenbuch Nr. 74. G. Z. 1872, Nr. 43 und 86. (Manz'ſche Sammlung I, S. 63.)

Die Eheleute Johann und Franciska A haben mit ſchriftlichem Vertrage ddo. Znaim, 20. Februar 1872 von der B eine Liegenſchaft gekauft und auf Grund dieſes Vertrages, welcher die Einwilligung der Verkäuferin zur grundbücherlichen Einverleibung des Eigenthumsrechtes dem Käufer ertheilt und worauf die Unterſchriften beider Theile notariell beglaubigt ſind, um die grundbücherliche Einverleibung ihres Eigenthumsrechtes angeſucht. — Die erſte Inſtanz bewilligte jedoch

nur die Vormerkung des Eigenthumsrechtes und verweigerte die angesuchte Einverleibung, weil dem Kaufvertrage ein im §. 434 a. b. G. B. normirtes wesentliches Erforderniß zur Eigenthumseinverleibung, nämlich die Unterschrift zweier Zeugen mangelt, und diese Bestimmung des a. b. G. B. keineswegs durch die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Unterschriften, welche der §. 31 des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, zur Einverleibung erfordert, ersetzt wird, da die Beglaubigung blos den Zweck hat, die Echtheit der Unterschrift des Ausstellers der Urkunde zu bestätigen, keineswegs aber darzuthun, daß die Urkunde dem Willen des Ausstellers gemäß abgefaßt sei, welcher Umstand vielmehr durch die Zeugen zu constatiren ist. — Der von dem O. L. G. gefaßte Beschluß auf Bestätigung des erstrichterlichen Bescheides wurde von dem Obergerichtspräsidenten sistirt und dem obersten Gerichtshofe zur principiellen Schlußfassung vorgelegt. Von dem obersten Gerichtshofe wurde zwar die Beschlußsistirung darum aufgehoben, weil es sich hier lediglich um eine Frage des Parteirechtes und somit nicht um einen der im §. 172 des Gesetzes vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81, bezeichneten Fälle handelt, in welchen der Vorsitzende die Ausfertigung des vom Gerichtshofe gefaßten Beschlusses einzustellen hat, es wurde aber aus Anlaß dieser Entscheidung die nachstehende Rechtsmaxime zur Eintragung in das Judicatenbuch angenommen: „Die in dem §. 434 a. b. G. B. vorgeschriebene Zeugenfertigung auf einer nach Beginn der Wirksamkeit des neuen Grundbuchsgesetzes zu einer bücherlichen Eintragung beigebrachte Urkunde ist nach Art. IV und den §§. 26, 27 und 31 des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, nicht mehr erforderlich, wenn die Unterschrift des Ausstellers gerichtlich oder notariell legalisirt ist — und zwar ohne Unterschied, ob die Ausstellung und Legalisirung vor oder nach Beginn der Wirksamkeit des neuen Grudbuchsgesetzes erfolgte."

Dieser Beschluß beruhet auf folgenden Erwägungen: Der §. 434 a. b. G. B. stellt die Fertigung der Urkunde über das Erwerbungsgeschäft durch zwei Zeugen blos als ein Erforderniß zur Einverleibung der Urkunde in das öffentliche Buch, keineswegs aber als ein Erforderniß zur Giltigkeit des Rechtsgeschäftes selbst auf; der Grund jener Forderung des §. 434 a. b. G. B. war allerdings die Rücksicht auf die Rechtssicherheit: die mitfertigenden Zeugen sollten sich verpflichtet fühlen, eine Urkunde nicht zu unterschreiben, bevor sie sich nicht von der Echtheit derselben, dann aber auch von dem Willen und der Absicht der Parteien überzeugt haben; — das neue Grundbuchsgesetz hat nun aber statt der im §. 434 a. b. G. B. gesetzten Garantie eine andere genügende Cautel, nämlich die Legalisirung der Unterschriften eingeführt. — Wenn nun auch das legalisirende Gericht oder der Notar hauptsächlich darauf zu achten haben, daß die Unterschriften der Aussteller echt sind, und sich um den Inhalt des

Rechtsgeschäftes nicht zu kümmern brauchen, so muß ja doch angenommen werden, daß großjährige Personen, welche eine Urkunde unterschreiben und vor dem Gerichte oder Notare die Echtheit ihrer Unterschriften bestätigen, auch wußten, was sie unterschrieben haben. Es kann demnach, wenn die durch das neue Grundbuchsgesetz angeordnete Cautel der Legalisirung der Unterschriften vorhanden ist, die Cautel des §. 434 a. b. G. B. nicht mehr gefordert werden, und zwar sowohl bei den Urkunden, welche unter der Wirksamkeit der neuen Grundbuchsordnung als auch bei denjenigen Urkunden, welche vor deren Inslebentreten ausgestellt wurden, vorausgesetzt, daß die Unterschriften der letzteren Urkunden entweder bereits zur Zeit ihrer Ausstellung legalisirt wurden oder erst gegenwärtig zur Legalisirung gelangen, denn Art. III der Einführungsverordnung zur neuen Grundbuchsordnung sagt blos, daß eine Legalisirung pro praeterito nicht gefordert werde, wenn den Erfordernissen des früher geltenden Gesetzes entsprochen ist.

Nr. 4601.

Erbeinsetzung der Enkel des Erblassers, welche zur Zeit des Todes ihrer Mutter (seiner Tochter) vorhanden sein werden.

Entsch. v. 7. Mai 1872, Nr. 4769 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 24. Dec. 1871, Nr. 72538, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. März 1872, Nr. 3913). G. Z. 1872, Nr. 54.

In dem Testamente des M waren die Kinder seiner Tochter A, „so viel deren bei ihrem Ableben vorhanden sein werden, zu gleichen Theilen" als Universalerben eingesetzt, und in einem späteren Nachtrage verfügt, daß, wenn eines der Kinder der A sterben sollte, dessen Geschwister Erben sein sollen. Zur Zeit des Todes des M waren neun Kinder der A vorhanden, für welche die Erbserklärung eingebracht und vom Gerichte angenommen wurde. Zugleich bestellte das Gericht für die nascituri der A einen Curator. Es wurde der Testamentsausweis überreicht mit dem Beisatze, daß nach ausgewiesener Gebührenberichtigung der Nachlaß den zur Zeit des Ablebens der A vorhandenen Kindern derselben, beschränkt durch den lebenslänglichen Fruchtgenuß der A einzuantworten sein werde. Dadurch fand das Abhandlungsgericht sich bestimmt, für jene Kinder der A, welche zur Zeit des Ablebens der A am Leben sein werden, einen Curator zu bestellen, um ihn über die eingebrachte Erbserklärung, resp. wegen Richtigstellung der letzteren zu vernehmen. Hiebei waren für das Gericht folgende Betrachtungen maßgebend: Es erhellt aus dem Testamente, daß nicht die bei Ableben des Testators vorhandenen Kinder der A, sondern diejenigen Nachkommen der letzteren, welche — oder wie der Testator sagt — so viel derselben zur Zeit des Todes

der A vorhanden sein werden, also einerseits auch alle diejenigen, welche A etwa noch gebären wird und andererseits blos diejenigen ihrer Kinder, welche bei ihrem Ableben vorhanden sein, d. i. die A überleben werden, Erben seien. Das Recht der eingesetzten Erben ist von der Bedingung abhängig, daß sie zur Zeit des Todes der A am Leben sein werden (§. 704 a. b. G. B.) und würde auch die Beschränkung der Erbseinsetzung nicht als eine Bedingung, sondern als ein Zeitpunkt, welcher kommen muß, zu betrachten sein, so müßte nach §. 707 a. b. G. B. bis zum Eintreffen dieses Zeitpunktes der Nachlaß an die A als gesetzliche Erbin mit der fraglichen Substitutionsbeschränkung zu Gunsten der zur Zeit ihres Todes am Leben sein werdenden Kinder derselben gelangen. Wollte man die schon jetzt vorhandenen Enkel als directe Erben betrachten, so käme man in Conflict mit dem im §. 532 a. b. G. B. aufgestellten Begriff des Erbrechtes als des ausschließenden Rechtes, die ganze Verlassenschaft oder einen bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen; denn die heute vorhandenen Enkel hätten kein ausschließendes Recht, die Erbschaft in Besitz zu nehmen, auch wäre ihr Erbtheil heute völlig unbestimmt und müßte es bleiben bis zum Tode der B; sie hätten also ein Erbrecht ohne ausschließendes Recht und ohne bestimmten Erbtheil; eine Einantwortung des Nachlasses an die heute vorhandenen Enkel, etwa mit Verwahrung der Rechte der beim Ableben der A vorhandenen Kinder derselben, kann auch mit der Bestimmung des §. 174 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, nicht in Einklang gebracht werden, wonach in der Einantwortungsurkunde die Erben namentlich anzuführen sind und das Verhältniß, in welchem sie an der Erbschaft theilnehmen, auszudrücken ist, weil heute weder der Umstand, welche Personen Erben sind, noch der Antheil der einzelnen an der Verlassenschaft bekannt ist. — Das O. L. G. hat die von der Vormundschaft der erklärten Erben angefochtene Curatorsbestellung aus folgenden Gründen aufgehoben: Da nach den Anordnungen des Testators, durch welche die Kinder der A einander wechselseitig substituirt sind, die bereits vorhandenen Kinder als directe Erben bedingungslos berufen erscheinen und nur rücksichtlich der Theilung durch das Erleben des Todes ihrer Mutter und durch allfällig noch nachgeborne Kinder der Letzteren beschränkt sind, da ferner alle diese Interessenten bereits gehörig vertreten sind und ihre Rechte durchaus nicht collidiren, so entfällt die Nothwendigkeit der Bestellung eines besonderen Curators und ist auch die Berichtigung der Erbserklärung nicht nöthig.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die oberlandesgerichtliche Verordnung, in der Erwägung, daß der Sinn der letzwilligen Anordnungen bisher von keinem Erbsinteressenten angezweifelt wurde, daher auch kein Anlaß zur Richtigstellung der Erbserklärung vorhanden ist, sondern lediglich die Einbringung der Erbserklärung zu Gunsten der nachgebornen Kinder zu veranlassen sein wird, die Berufung der nachgebornen Kinder der A nach Hofdecret vom 29. Mai 1845,

J. G. S. Nr. 888, zuläſſig, dagegen der §. 707 a. b. G. B. hier nicht anwendbar iſt, weil die diesfälligen erblaſſeriſchen Verfügungen den Fruchtgenuß des Nachlaſſes ausdrücklich der A bis zu deren Tode zuweiſen, mit welchem Zeitpunkte dieſer Nachlaß unter ihre dann vorhandenen Kinder zu vertheilen ſein wird.

Nr. 4602.

Vergleich auf einen Eid: Unzuläſſigkeit der Anordnung der Eidestagfahrt von amtswegen.

Entſch. v. 7. Mai 1872, Nr. 4812 (Beſt. des die Decr. des B. G. Tarnopol v. 31. Mai 1870, Nr. 3258 und 31. Auguſt 1871, Nr. 4412, aufheb. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 12. Dec. 1871, Nr. 32208). G. H. 1872, S. 307.

In einem ſummariſchen Proceſſe verglichen ſich die Parteien auf einen von dem Beklagten B abzulegenden Haupteid, ohne einen Termin zur Eidesleiſtung zu beſtimmen, mit Verzicht auf die Intimation des Vergleiches. Trotzdem verfügte das Gericht erſter Inſtanz die Verſtändigung der Parteien von dem Vergleiche und ordnete zur Eidesabnahme eine Tagfahrt an, welche von B nicht beſucht wurde. Nun begehrte der Kläger A, daß der Eid für nicht abgeſchworen erklärt werde. Das Gericht erſter Inſtanz entſprach ſeinem Begehren. Auf den Recurs des B wurde von dem O. L. G. der die Eidestagfahrt anordnende Beſcheid der erſten Inſtanz aufgehoben und das Geſuch des A um die Erklärung, daß der Eid für nicht abgeſchworen zu halten ſei, abgewieſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Verordnung des O. L. G., weil nach dem Hofdecrete vom 4. Februar 1800, J. G. S. Nr. 493, in dem Falle, wo die Parteien ſich auf einen Haupteid verglichen haben, die Abnahme des Eides zwar immer nur dem Gerichte zuſteht, dasſelbe jedoch weder ein Urtheil darüber zu fällen, noch eine Friſt zur Eidesablegung zu beſtimmen hat und es Sache der Partei iſt, denjenigen, der den Eid zu leiſten hat, nach §. 300 a. G. O. zu betreiben, — und dieſe Vorſchrift durch die Normen über den ſummariſchen Proceß keine Aenderung erfahren hat.

Nr. 4603.

Klage auf Reſtitution wegen ſchlechter Vertretung nach Abweiſung der Klage auf Reſtitution wegen verſtrichener Fallfriſt: exceptio rei judicatae.

Entſch. v. 8. Mai 1872, Nr. 15327 (Beſt. der Urth. des L. G. Wien v. 21. März 1871, Nr. 8604 und des O. L. G. Wien v. 11. Oct. 1871, Nr. 58798). G. Z. 1872, Nr. 50.

Nachdem D, als Rechtsfreund des A, mit der Bitte um Reſtitution gegen die ohne Verſchulden ſeines Clienten verſtrichene Fall-

frist, welche das Gericht demselben als Aufforderungsbeklagten zur Anstellung der Klage nach §. 69 a. G. O. gesetzt hatte, in allen Instanzen abgewiesen worden war, überreichte A durch einen anderen Advocaten C eine Wiedereinsetzungsklage wegen mangelhafter Vertretung, die darauf gestützt wurde, daß in der Behandlung der Fristangelegenheit durch seinen früheren Vertreter D eine mangelhafte Vertretung gelegen sei und daß er selbst weder von dieser Fristangelegenheit noch von der Abführung des ersten Restitutionsprocesses bisher Kenntniß erhalten habe. — Von beiden Untergerichten wurde diese Klage zurückgewiesen und von dem obersten Gerichtshofe die a. o. Revisionsbeschwerde des A in der Erwägung verworfen, daß in den gleichlautenden Entscheidungen beider Unterrichter, womit dem Wiedereinsetzungsbegehren des Klägers nicht stattgegeben und derselbe zum Proceßkostenersatze verurtheilt wurde, keine offenbare Ungerechtigkeit gefunden werden kann, indem Kläger, welcher im vorliegenden Falle die Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung verlangt, selbst als Grund dieser schlechten Vertretung nur die Versäumung einer Fallfrist angibt, die Wiedereinsetzung wegen versäumter Fallfrist aber bereits rechtskräftig als nicht statthaft erklärt wurde, dieser Wiedereinsetzungsgrund somit nicht neuerlich geltend gemacht werden kann, zumal nach der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. hh, es gleichgiltig ist, ob die Frist von der Partei oder ihrem Rechtsfreunde versäumt worden ist, daher die Zurückweisung dieser Wiedereinsetzungsklage wegen bereits entschiedener Rechtssache und wegen Verspätung im Gesetze gegründet erscheint.

Nr. 4604.

Cautio actoria: „in der Provinz" sattsam bemittelt.

Entsch. v. 8. Mai 1872, Nr. 4705 (Best. des das Decr. des B. G. Triest v. 14. Dec. 1871, Nr. 33552, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 24. Februar 1872, Nr. 842). **Gazz. del Trib.** 1872, Nr. 11 und 12.

Auf die von A gegen B bei dem städt.-deleg. B. G. Triest angestellte Klage pcto. Zahlung von 500 fl. verlangte B die Leistung der actorischen Caution, weil der Kläger in der Provinz nicht kundbar sattsam bemittelt sei (§. 406 a. G. O.). A widersetzte sich dieser Forderung, indem er sich als Grundbesitzer in Pirano (Istrien) auswies. — Das Gericht erster Instanz legte dem Kläger die actorische Caution auf. — Das O. L. G. enthob ihn dieser Verpflichtung in Erwägung, daß der §. 406 a. G. O. nicht den strengen Beweis, sondern die einfache Notorietät des Umstandes fordert, daß der Kläger in der „Provinz", wo der Proceß geführt werden soll, sattsam bemittelt ist, damit er von der Verbindlichkeit der actorischen Caution befreit bleibe; daß

aber das Gesetz unter „Provinz“ das ganze unter einem Gubernium (Statthalterei) stehende Territorium versteht, mithin der Kläger, da er Grundbesitz in Pirano bescheinigt hat, und Pirano der Statthalterei von Triest unterliegt, zur Leistung der Caution nicht verpflichtet ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung mit Festhaltung der angeführten Gründe und mit der weiteren Bemerkung, daß der Umstand, daß die Stadt Triest als reichsunmittelbar erklärt wurde und, so wie Istrien und Görz, einen eigenen Landtag hat, auf die Eintheilung des Reiches in Kronländer keinen Einfluß hat und diese Eintheilung um so weniger berühren kann, als die besagten drei Landtage in geschäftlicher Beziehung mit einer und derselben Statthalterei, nämlich jener in Triest verbunden sind, welche die Verwaltungsbehörde auch für Istrien, Görz und Gradiska ist.

Nr. 4605.

Verspätete Erfüllung eines Lohnvertrages: Voraussetzungen des Rechtes zum Rücktritt von demselben.

Entsch. v. 10. Mai 1872, Nr. 2588 (Best. des das Urth. des B. G. Neubau in Wien v. 13. Nov. 1871, Nr. 16660, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 25. Jänner 1872, Nr. 25740). Jur. Bl. 1872, Nr. 22.

B bestellte bei dem A die Einschaltung des Inserates seiner Geschäftsunternehmung in dem von A herauszugebenden Druckwerke „Souvenir de Vienne“ um den Preis von 42 fl., ohne in dem Bestellzettel die Zeit der Veröffentlichung des Inserates zu stipuliren oder auch nur auf den von A ihm zugeschickten Prospectus Bezug zu nehmen, in welchem die Ausgabe des Werkes bestimmt auf Ende September 1870 verheißen wurde. Dasselbe kam erst im December 1870 zur Ausgabe. B verweigerte die Zahlung des Insertionspreises, wurde deshalb von A belangt und wendete das verspätete Erscheinen des Inserates ein mit der Bemerkung, daß er durch dasselbe seine Geschäftsunternehmung den zahlreichen, im Herbst nach Wien kommenden Fremden habe empfehlen wollen, mithin das erst nach Ablauf der Reisesaison erschienene Inserat für ihn ganz zwecklos sei. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung der Klage aus folgenden Gründen: Da der Kläger sein Versprechen in der zur Bedingung gesetzten, d. i. in der durch Vertrag bestimmten Zeit nicht erfüllt hat und das von ihm herausgegebene Werk nach seinem Prospectus vorzugsweise für die im Frühling und Herbst hieher reisenden, in Hôtels absteigenden Fremden bestimmt ist, so war der Beklagte nach §. 1154 a. b. G. B. berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten. Die Einwendung des Klägers, daß der vom Beklagten unterzeichnete Bestellzettel die Anführung der Erfüllungszeit des Versprechens nicht enthielt,

ist nicht zu berücksichtigen, weil im Bestellzettel überhaupt nur die Verbindlichkeit des Bestellers enthalten war, dagegen in dem diesem Zettel angehefteten, die Verpflichtungen des Klägers enthaltenden Prospectus der Letztere das Erscheinen seines Werkes auf Ende September bestimmt zusagte. Daß der im §. 1154 a. b. G. B. gebrauchte Ausdruck so wenig, wie in vielen anderen Stellen des a. b. G. B. im technischen Sinne zu nehmen sei, ergibt sich aus dem Geiste des Gesetzes; bei entgegengesetzter Auffassung wäre die ganze Bestimmung dieses Paragraphen überflüssig. Es ist endlich auch gleichgiltig, ob vis major oder ein Verschulden des Klägers die Ursache der verspäteten Erfüllung war, denn casus nocet domino (§. 1157) und wenn in dem §. 1154 a. b. G. B. die Schuld des Bestellten ausdrücklich erwähnt ist, will das Gesetz damit nur sagen, daß die Verspätung nicht von dem Besteller verschuldet sein darf.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den B zur Zahlung der eingeklagten 42 fl. In den Gründen heißt es: Es geht weder aus dem Prospectus hervor, noch wurde von dem Beklagten der Beweis geliefert, daß die Herausgabe des Werkes des Klägers bis Ende September 1870 ausdrücklich als Bedingung festgesetzt wurde, und es ist nicht einzusehen, warum das Wort „Bedingung" in dem §. 1154 a. b. G. B. nicht in seiner gewöhnlichen (§. 696 ibid.) Bedeutung zu nehmen sei, da bei der Auslegung des ersten Richters dieses Wort im §. 1154 a. b. G. B. ganz überflüssig wäre, was nicht vorauszusetzen ist. Der Beklagte hatte aber auch zu beweisen, daß die verspätete Herausgabe nur von dem Kläger verschuldet worden sei. Diesen Beweis hat er nicht geliefert, vielmehr zugegeben, daß die Verspätung in dem durch den deutsch-französischen Krieg herbeigeführten Mangel von Arbeitskräften ihren Grund hatte.

Nr. 4606.

Abwendung einer dem Ersteher in den Feilbietungsbedingnissen angedrohten Relicitation durch nachträgliche Erfüllung vor der zur Vornahme derselben bestimmten Stunde.

Entsch. v. 14. Mai 1872, Nr. 4933 (Best. des das Decr. des B. G. Reichenau v. 10. Jänner 1872, Nr. 7196, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 27. März 1872, Nr. 8238). G. H. 1872, S. 414.

Die executive Feilbietung einer Liegenschaft war mit dem Bedeuten ausgeschrieben worden, daß der Ersteher in der unerstreckbaren Frist von 8 Tagen a dato der Versteigerung um die Vertheilung des Kaufschillings einzuschreiten habe, widrigens der Executionsführer die Relicitation begehren könne. B erstand die Liegenschaft und versäumte die obige Frist, worauf der Executionsführer A um die Relicitation

einſchritt. Allein an demſelben Tage noch überreichte B das Geſuch um Anordnung der Tagfahrt für die Meiſtgebotsvertheilung. — Das Gericht erſter Inſtanz verordnete die Relicitation und wies das Geſuch des B zurück. — Von dem O. L. G. hingegen wurde das Relicitationsgeſuch des A abgewieſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Entſcheidung der zweiten Inſtanz, weil nach dem im §. 338 a. G. O. ausgeſprochenen Grundſatze der Erſteher einer im Executionswege feilgebotenen Liegenſchaft bis zu der für die Relicitation beſtimmten Stunde dasjenige nachholen kann, wegen deſſen Verſäumung die Relicitation bewilligt wurde.

Nr. 4607.

Präcluſion der exceptio fori im ſummariſchen Verfahren.

Entſch. v. 20. Mai 1872, Nr. 5613 (Aufheb. des das Decr. des B. G. Wojnitow v. 28. Oct. 1871, Nr. 4111, aufheb. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 24. Jänner 1872, Nr. 265). Jur. Bl. 1872, Nr. 20.

In dem ſummariſch verhandelten Proceß des A gegen B hat der Beklagte, auf deſſen Anſuchen die erſte Verhandlungstagfahrt überlegt worden war, die Einwendung der Unzuſtändigkeit des als forum contractus angerufenen Gerichtes erſt bei der zweiten Tagfahrt vorgebracht. Da der Kläger die Verſpätung der Einwendung rügte, handelte es ſich um die Frage, ob der Beklagte in dieſem Stadium zur Incompetenzeinrede noch berechtigt war.

Der oberſte Gerichtshof entſchied die Frage im verneinenden Sinne in Erwägung, daß das Geſetz über den ſummariſchen Proceß eine ausdrückliche Beſtimmung über den Zeitpunkt, in welchem die Einwendung der Incompetenz anzubringen iſt, nicht enthält, demnach gemäß §. 7 dieſes Geſetzes der §. 2 des mit Hofcr. v. 25. Jänner 1822, J. G. S. Nr. 1832, auf das ganze Geltungsgebiet der weſtgal. G. O. ausgedehnten Hofdcr. v. 7. November 1820, J. G. S. Nr. 1714, auch für das ſummariſche Verfahren als maßgebend angeſehen werden muß; daß in dem vorliegenden Falle die Einrede der Incompetenz erſt bei der zweiten Tagfahrt vorgebracht wurde, ohne daß der Beklagte, als er um die Erſtreckung der erſten Tagfahrt anſuchte, erklärt hätte, dieſes Begehren auch zur Anbringung der Einwendung der Incompetenz zu ſtellen; daß mithin die Rüge des Klägers gerechtfertigt iſt, weil die verſpätete Einwendung ſowohl nach §. 2 des Hofdcr. v. 7. November 1820, J. G. S. Nr. 1714, als nach §. 48 J. N. ohne Wirkung war.

Nr. 4608.

Voraussetzungen der Todeserklärung: Theilnahme an einer notorisch blutigen Schlacht.

Entsch. v. 22. Mai 1872, Nr. 5227 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Przemysl v. 21. Februar 1872, Nr. 13898 und des O. L. G. Lemberg v. 7. Mai 1872, Nr. 9389). G. H. 1872, S. 230.

Die A begehrte die Todeserklärung ihres seit mehr als 3 Jahren vermißten Ehegatten B, der laut amtlicher Bestätigung als Soldat am 28. Juni 1866 an dem Gefechte von Skalitz in dem österr.-preußischen Kriege theilgenommen hat und seit jenem Tage vermißt wurde.

In Uebereinstimmung mit den Untergerichten entschied der oberste Gerichtshof nach dem Begehren, weil die erwähnte Schlacht notorisch eine äußerst blutige gewesen ist, mithin nicht bezweifelt werden kann, daß B als Theilnehmer an derselben sich in einer „nahen Todesgefahr" (§. 24, Absatz 2 a. b. G. B.) befunden habe.

Nr. 4609.

Cassatorische Clausel: Beweislast in Ansehung der Nichterfüllung eines Vertrages. — Mandatsverfahren: urkundlicher Nachweis des den Terminsverlust bewirkenden Versäumnisses?

Entsch. v. 22. Mai 1872, Nr. 5336 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 16. Jänner 1872, Nr. 1623, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 27. Februar 1872, Nr. 3926). G. H. 1872, S. 218.

Die Klage des A gegen B um Zahlung eines Darlehenscapitals von 600 fl. vor Eintritt der vertragsmäßigen Verfallzeit gründete sich auf die beigelegte Schuldverschreibung, in welcher A für den Fall versäumter Zinsenzahlung das Recht sofortiger Einforderung des Capitals ohne Rücksicht auf den für die Rückzahlung desselben festgesetzten Termin sich vorbehielt, und auf seine Anführung, daß B die Zinsenzahlung nicht geleistet habe. — Der auf diese Klage in erster Instanz erlassene Zahlungsbefehl an B wurde von dem O. L. G. aufgehoben, nach dessen Ansicht A, um den Zahlungsauftrag zu erwirken, durch Urkunde auch das von ihm behauptete Versäumniß der Interessenzahlung hätte bescheinigen müssen.

Der oberste Gerichtshof hielt den erstgerichtlichen Zahlungsbefehl aufrecht in Erwägung, daß dem Gläubiger der zumeist unmögliche Beweis der Negative der Nichtzahlung der Interessen nicht aufgebürdet werden kann, vielmehr seiner Angabe, daß die Zahlung nicht geleistet worden, so lange Glaube geschenkt werden muß, bis von dem Schuldner das Gegentheil bewiesen ist; daß daher diese Angabe des

A genügte, um das von ihm eingeforderte Capital nach Inhalt der Schuldverschreibung als verfallen zu behandeln und darauf hin im Sinne der kais. Verordn. v. 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95 und der Just.-Min.-Vdg. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die Zahlungsauflage zu geben.

Nr. 4610.

Unzuständigkeit der Gerichte für Klagen zur Geltendmachung einer aus dem militärischen Dienstverhältnisse entspringenden Gebührenforderung an das Aerar.

Entsch. v. 22. Mai 1872, Nr. 5370 (Best. des das Decr. des L. G. Salzburg v. 23. März 1872, Nr. 1337, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien vom 9. April 1872, Nr. 1746). G. Z. 1872, Nr. 52.

Der k. k. Oberlieutenant A belangte das k. k. Militärärar auf Zahlung der ihm für seine Verwendung bei Leitung des Baues der neuen Schießstätte in Salzburg zugesagten nach dem Gebührenreglement 1 fl. pr. Tag betragenden Arbeitszulage und stützte sein Begehren im Wesentlichen darauf, daß ihm mit Brigadebefehl die Leitung dieser Arbeiten übertragen und mit Rescript des Reichskriegs-Ministeriums die Ausfolgung der Arbeitszulage bewilligt worden sei, die nach dem Gebührenreglement vom Jahre 1863 1 fl. per Tag betrage, welches Ausmaß auch durch die mit a. h. Entschließung vom 24. Februar 1871 sanctionirte neue Gebührenvorschrift bestätigt werde. — Die in erster Instanz aufrecht verbeschiedene Klage wurde von dem O. L. G. wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges a limine abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung in Erwägung, daß nach §. 23 der Instruction für den ökonomisch-administrativen Dienst der Unterabtheilungen des k. k. Heeres im Frieden und im Kriege der Rechtsweg überhaupt in allen Fällen, wo es sich um eine aus dem Dienstverhältnisse hervorgegangene Gebührenforderung handelt, ausgeschlossen ist, indem der Nachsatz: „welche nach den diesfalls bestehenden Normen nur im administrativen Wege auszutragen ist" blos die Auslegung zuläßt, daß durch diese Normen bereits festgesetzt ist, daß jede derartige Forderung nur auf dem administrativen Wege geltend gemacht werden kann.

Nr. 4611.

Erbfolge in Bauerngüter. — Rechtskraft des Erbtheilungsbescheides.

Entsch. v. 23. Mai 1872, Nr. 13001 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Krzeszowice v. 20. Nov. 1870, Nr. 3967 und des O. L. G. Krakau v. 11. Mai 1871, Nr. 1024). G. Z. 1872, Nr. 89.

Nachdem die Verlassenschaft des noch unter der Herrschaft der französischen Gesetzgebung (im Gebiete von Krakau) verstorbenen M,

mit Beſcheid vom 20. Februar 1861, nach Maßgabe der öſterreichiſchen Geſetze in der Art vertheilt worden war, daß die in dem Nachlaß befindliche Realität dem Sohne B gegen Auszahlung der in Geld berechneten Erbtheile an ſeine Geſchwiſter zugewieſen ward, belangte die damit nicht zufriedene Schweſter A den B und die anderen Geſchwiſter auf Anerkennung ihres Miteigenthumsrechtes an der beſagten Realität. Beide Untergerichte haben das Klagebegehren abgewieſen, die erſte Inſtanz mit der Motivirung, daß, nachdem der Nachlaß des M unter der Herrſchaft der franzöſiſchen Geſetzgebung nicht vertheilt worden iſt, deſſen Vertheilung nach Maßgabe der öſterreichiſchen Geſetze vorgenommen werden mußte. — Das O. L. G. betonte, daß der gerichtliche Vertheilungsbeſcheid vom 20. Februar 1861 im ordentlichen Rechtswege nicht abgeändert werden könne.

Auch der oberſte Gerichtshof entſchied auf Abweiſung der Klägerin. Gründe: Der gerichtliche Erbtheilungsbeſcheid vom 20. Februar 1861 iſt vorlängſt in Rechtskraft erwachſen. Es können daher die Einwendungen der Klägerin gegen die Geſetzlichkeit des Abſatzes desſelben, wonach B als älteſter Sohn des M die Grundwirthſchaft als Eigenthum zu übernehmen und den Miterben die Erbtheile auszuzahlen hat, nicht beachtet werden, da es ihre oder ihres geſetzlichen Vertreters Sache geweſen wäre, gegen dieſen Abſatz des Einantwortungsdecretes den Recurs anzubringen.

Nr. 4612.

Widerruf der venia aetatis: Rückwirkung auf inzwiſchen geſchloſſene Geſchäfte?

Entſch. v. 23. Mai 1872, Nr. 2713 (Beſt. des das Urth. des B. G. Montone v. 1. Dec. 1870, Nr. 4198, abänd. Urth. des O. L. G. Trieſt v. 6. Juli 1871, Nr. 2042). G. H. 1873, S. 59.

A hatte im November 1865, in dem Alter von 21 Jahren, dem B eine Liegenſchaft verkauft und begehrte nach erreichter Großjährigkeit die Nichtigerklärung jenes Vertrages wegen Mangels des geſetzlichen Alters. B berief ſich excipiendo auf das gerichtliche Decret vom Jahre 1863, mit welchem A großjährig erklärt worden war. Dagegen producirte A das ſpätere gerichtliche Decret vom 22. Auguſt 1868, durch welches in Hinblick auf die Beſtimmung des §. 252 a. b. G. B. ſeine Großjährigerklärung rückgängig gemacht wurde, weil ſie vor zurückgelegtem zwanzigſten Lebensjahre des A erfolgt war. — Das Gericht erſter Inſtanz entſchied nach dem Klagebegehren, in Erwägung, daß im Jahre 1868 die Großjährigerklärung vom Jahre 1863 vernichtigt worden iſt, daher A wegen Mangels des geſetzlichen Alters im Jahre 1865 für ſich allein nicht befähigt war, oneroſe

Verträge abzuschließen, und daß andererseits dem B der eventuelle Anspruch auf Schadenersatz nach §. 866 a. b. G. B. in Folge der Auflösung des Vertrages, vorbehalten bleibt. — Das O. L. G. erkannte auf Abweisung der Klage, weil der angefochtene Vertrag nach der gerichtlichen Großjährigerklärung des Klägers, ehe sie rückgängig gemacht worden war, geschlossen ward, und das widerrufende Decret nicht zurückwirken und auf die in der Zwischenzeit im guten Glauben erworbenen Rechte dritter Personen einen Einfluß nicht ausüben konnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil. Gründe: Der Kläger A hatte zur Zeit, als er mit dem Beklagten B den Kauf- und Verkaufvertrag abschloß, bereits das Alter von 21 Jahren erreicht; derselbe befand sich demnach nicht mehr in dem Alter, in welchem das Gesetz den Minderjährigen zur Einwilligung absolut unfähig erklärt (§. 865 a. b. G. B). Das Decret vom Jahre 1863, welches dem Kläger die Nachsicht von der Minderjährigkeit ertheilte, obschon ihm zwei Monate und einige Tage bis zum zwanzigsten Jahre abgingen, war zur Zeit der Abschließung des obigen Vertrages noch nicht widerrufen worden. Es konnte also dieser Vertrag wegen abgehender Fähigkeit des Klägers, Geschäftsverbindlichkeiten abzuschließen, um so minder angefochten werden, als derselbe erst zu einer Zeit eingegangen wurde, wo Kläger die Jahre, welche das Gesetz zur Altersnachsicht nach §. 252 a. b. G. B. fordert, schon zurückgelegt hatte.

Nr. 4613.

Anspruch auf Ersatz der Kosten der Verpflegung eines unehelichen Kindes aus dessen später erworbenem Vermögen.

Entsch. v. 23. Mai 1872, Nr. 3779 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Rattenberg v. 20. März 1871, Nr. 559 und des O. L. G. Innsbruck v. 24. Oct. 1871, Nr. 2052). G. Z. 1873, Nr. 69.

Der Kläger A, der von 1856 bis 1868 der Vormund der B, einer unehelichen Tochter seiner Frau, gewesen war, und angeblich für deren Verpflegung bei dritten Personen 488 fl. ausgegeben hatte, forderte mittelst Klage den Ersatz dieser Kosten von der im Jahre 1867 zu Vermögen gekommenen B. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung des Klägers aus folgenden Gründen: Nach §§. 166 und 167 a. b. G. B. haben die Eltern die Verbindlichkeit, ihr außereheliches Kind zu verpflegen und im Falle ihrer Mittellosigkeit trifft nach §. 143 dieses Gesetzes diese Verbindlichkeit die daselbst benannten nächsten Verwandten und zuletzt bei mittellosen Waisen ihre Zuständigkeitsgemeinde im Sinne des §. 221 des besagten Gesetzes. Nimmt man nun auch Rücksicht auf den §. 1042

ibid., so zeigt sich in Betrachtnahme, daß Kläger kein auf Vertrag, sondern nur ein auf das Gesetz sich stützendes Recht zum Ersatz in Anspruch nimmt, doch im gegebenen Falle die Unrechtmäßigkeit des Forderungsanspruches gegen die Beklagte selbst, weil nach dem Vorangeführten nicht sie den Aufwand für ihre Verpflegung zu bestreiten hat. Dazu kommt auch noch, daß Kläger, welcher als Pflegepartei erscheint, nach §. 186 a. b. G. B. ohne gerichtlich bestätigten Vertrag, blos aus dem Gesetze auf einen Ersatz der Pflegekosten keinen Anspruch hat, daher auch aus diesem Grunde sich nicht auf den besagten §. 1042 berufen kann. Demnach ist die Abweisung des Klägers in jedem Fall, auch dann gerechtfertigt, wenn er die behaupteten Auslagen für die Mündel wirklich nachgewiesen hätte, was aber unterblieben ist. — Das O. L. G. bestätigte das erstrichterliche Urtheil mit dieser Begründung: Da zugegebenermaßen die minderjährige B bis zum Jahre 1867 kein Vermögen besaß, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß für diese ganze Zeit nach §§. 166 und 167 a. b. G. B. deren Eltern schuldig waren, selbe zu erhalten, in Ermangelung derselben aber der Vormund nach §. 221 sich an allfällige öffentliche milde Stiftungen und bestehende Armenanstalten zu wenden hatte. Zur Forderung einer Vergütung aus dem erst später erworbenen Vermögen der Mündel fehlt dem Kläger jeder gesetzliche Titel. Wenn die Mündel im Jahre 1867 ein Vermögen erwarb, so wäre es Sache des Klägers, der damals noch deren Vormund war, gewesen, die Unterhaltungskosten nach §. 219 a. b. G. B. vom vormundschaftlichen Gerichte bestimmen zu lassen und ist die directe Einklagung eines Ersatzbetrages um so mehr ungegründet, als derlei Auslagen einen Gegenstand der vom Vormunde zu legenden und vom Vormundschaftsgerichte zu erledigenden Rechnung zu bilden haben. Es ist daher die Abweisung der Klage vollkommen gerechtfertigt.

Die außerordentliche Revisionsbeschwerde des Klägers wurde von dem obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen verworfen: Es wird nicht bestritten, daß die minderjährige B wegen körperlicher Gebrechen erwerbsunfähig ist, und daß die Einkünfte des Vermögens, das sie seit dem Jahre 1867 besitzt, zur Bestreitung ihres Unterhaltes nicht genügen. Sind nun auch die Kosten der Erziehung und Verpflegung eines unehelichen Kindes zunächst aus den Einkünften seines eigenen Vermögens zu bestreiten (§§. 150, 220, 221 a. b. G. B.), so können zweifellos die nicht einmal für die laufenden Auslagen hinreichenden Einkünfte, noch weniger aber das Capital selbst für die Verpflegskosten, welche zu einer Zeit erwachsen sein sollen, als die Geklagte noch kein Vermögen hatte, verwendet werden. Für diese Zeit könnte es sich demnach nicht um einen Aufwand handeln, der nach dem Gesetze mit dem Vermögen der Geklagten zu machen gewesen wäre, weshalb der Kläger, falls er wirklich Unterhaltskosten vor dem Jahre 1867 bestritten hätte, in keinem Falle berechtigt wäre,

wider die Geklagte einen Ersatzanspruch geltend zu machen, sondern es stünde ihm nur ein Anspruch wider jene Personen zu, welche zur Verpflegung des unehelichen Kindes verbunden sind, wenn dasselbe kein solches Vermögen besitzt, dessen Einkünfte hiezu genügen (§§. 166, 167, 1042 a. b. G. B.). Was aber die Auslagen für Verpflegung und andere Kosten betrifft, welche in die Zeit fallen würden, in welcher die Geklagte ein Vermögen bereits besessen, stellt sich der Anspruch des Klägers schon deshalb als ganz unbegründet dar, weil er nicht einmal die Bestreitung dieses Aufwandes nachgewiesen hat.

Nr. 4614.

Voraussetzungen der Sicherstellung der Ansprüche inländischer Gläubiger auf den in Oesterreich befindlichen beweglichen Nachlaß eines ungarischen Staatsangehörigen mittelst Beschlagnahme desselben.

Entsch. v. 23. Mai 1872, Nr. 5221 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 30. Jänner 1872, Nr. 1245 und des O. L. G. Prag v. 12. März 1872, Nr. 8437). G. H. 1872, S. 223.

Nach dem Tode des ungarischen Staatsbürgers M, der in Prag ein bewegliches Vermögen von 108.000 fl. hinterließ, wurden von der A bei dem L. G. Prag Forderungen im Betrage von 3981 fl. mit der Bitte angemeldet, daß dieselben in dem Passivstande des Verlassenschaftsinventars aufgenommen werden. Das L. G. verfügte die Zustellung dieser Anmeldung an die B als erklärte Erbin des M; die B erwiderte dieselbe mit einer das Begehren der A um Einbeziehung der angemeldeten Beträge in die Passiven des Inventars ablehnenden motivirten Aeußerung, die das L. G. der A, unter Verweisung derselben auf den Rechtsweg, zur Kenntniß brachte. Darauf überreichte die Letztere bei dem L. G. ein Gesuch, worin sie begehrte, daß die Ausfolgung des in Prag hinterlassenen Vermögens des M an das ungarische Abhandlungsgericht bis zur Befriedigung der von ihr angemeldeten Forderungen aufgeschoben werde. — Dieses Gesuch wurde in erster Instanz mit der Begründung abgewiesen, daß die einfache Anmeldung der Forderungen eines hierländigen Gläubigers nicht genüge, um die zur Sicherstellung derselben im §. 138 des kaiserlichen Patentes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, bezeichnete Vorkehrung zu rechtfertigen. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil daraus, daß die Abhandlung der Verlassenschaft des M von dem ungarischen Gerichte eingeleitet wurde, noch nicht folgt, daß M ein Ausländer war, zudem das Königreich Ungarn nach dem Gesetze dem Auslande nicht gleichgestellt ist, daher die im citirten Patente (§. 138) gegebenen Vorschriften zur Sicherstellung der An-

sprüche hierländiger Gläubiger an die Verlassenschaft eines Ausländers in dem vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen.

Der gegen diese Entscheidungen ergriffene a. o. Recurs der A wurde vom obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung abgewiesen. Die Recurrentin hat, ohne nachzuweisen, daß sie zur Geltendmachung ihrer von der Erbin B bestrittenen Ansprüche an die Verlassenschaft den Rechtsweg betreten habe, ein Begehren gestellt, welches die Beschlagnahme eines mit 108.000 fl. ermittelten reinen Nachlasses für ganz illiquide Forderungen von weit geringerem Betrage bedeutet und durch die Berufung auf die §§. 23, 137 und 138 des Gesetzes v. 9. August 1854, Nr. 208, nicht gerechtfertigt ist, da dieses Gesetz, laut des Kundmachungspatentes zu demselben, in der Absicht gegeben worden ist, das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen auf eine mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes übereinstimmende Weise zu regeln, daher durch die citirten Gesetzstellen weder der §. 811 a. b. G. B. noch die Vorschriften über das Verfahren in Streitsachen, insbesondere jene über die Geltendmachung und Sicherstellung bestrittener Forderungen aufgehoben, sondern nur Vorsorge getroffen wurde, daß nicht etwa durch übereiltes und rücksichtsloses Vorgehen der Gerichte den Gläubigern eines Ausländers die ordnungsmäßige Verfolgung ihrer Ansprüche gegen seine Verlassenschaft erschwert oder gar unmöglich gemacht werde.

Nr. 4615.

Nichtigkeit des Verfahrens wegen unterbliebener Verständigung eines Streitgenossen von der Submission eines Anderen.

Entsch. v. 24. Mai 1872, Nr. 4780 (Aufheb. der gleichförmigen Urth. des L. G. Krakau v. 8. Nov. 1870, Nr. 18569 und des O. L. G. Krakau v. 22. Juni 1871, Nr. 4865). G. Z. 1873, Nr. 67.

Das landtäfliche Gut des M wurde nach seinem Tode seinen im Auslande wohnenden Kindern im Jahre 1816 eingeantwortet und im Lastenstande des ererbten Gutes die Clausel aufgenommen, daß der Erbtheil der im Auslande weilenden Erben nur dann außer Landes geschafft werden könne, wenn sie nachweisen, daß sie das gesetzliche Abfahrtsgeld gezahlt haben, oder von dessen Bezahlung befreit worden sind. Das auf diese Weise onerirte Gut ging später in das bücherliche Eigenthum des A über, der mittelst Klage die abwesenden Erben, unbekannten Aufenthaltes, des M und nach ihnen die Finanzprocuratur Namens des Staatsschatzes auf Löschung dieser Clausel belangte. Bei der zur Streitführung angeordneten Tagsatzung erklärte der für die Erben des M aufgestellte Curator, daß er mit dem Klagebegehren einverstanden sei und seine Einwilligung auf bücherliche

Löſchung der fraglichen Clauſel ertheile. Da die mitgeklagte Finanzprocuratur bei dieſer Tagſatzung wie auch bei der zweiten erſtreckten Tagſatzung nicht erſchienen iſt, ſo wurde die Contumacirung hinſichtlich der Einrede ausgeſprochen und mit den gleichförmigen Urtheilen beider Untergerichte dem Klagebegehren ſtattgegeben.

In Erwägung, daß Gegenſtand des Streites die Löſchung des Pfandrechtes für das Abfahrtsgeld, dieſes Pfandrecht aber nicht für die Erben des M, ſondern für den Staatsſchatz intabulirt iſt, der als der Pfandberechtigte und als der Hauptverpflichtete (zur Löſchung), wenn auch nicht mit der Klage am erſten Platze belangt, immerhin von dem erſten Tagſatzungsbeſcheide und insbeſondere von der, bei der zweiten Tagfahrt abgegebenen Erklärung des Curators der erſtbeklagten M'ſchen Erben zu verſtändigen war, zumal in Folge dieſer Erklärung die letzteren als aus dem Rechtsſtreite ausgetreten und der Staatsſchatz als allein daſtehender Hauptintereſſirter zu betrachten war; daß in der Unterlaſſung der obigen Verſtändigung der Finanzprocuratur Namens des Staatsſchatzes und in der Contumacirung der Letzteren eine offenbare Geſetzwidrigkeit liegt, welche im Sinne des Hofdcr. v. 15. Februar 1833, Nr. 2593 eine Nichtigkeit begründet, — hat der oberſte Gerichtshof auf die a. o. Reviſionsbeſchwerde der Finanzprocuratur beide Urtheile aufgehoben und eine neue Verhandlung angeordnet.

Nr. 4616.

Subſtantiirung der Klage auf Erfüllung eines ſynallagmatiſchen Vertrages.

Entſch. v. 28. Mai 1872, Nr. 5191 (Beſt. des das Urth. des B. G. Adelsberg v. 8. Auguſt 1871, Nr. 3273, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 12. Jänner 1872, Nr. 14384). G. Z. 1872, Nr. 84.

Auf Grund des von dem Kläger A als Uebernehmer und dem Geklagten B als Uebergeber geſchloſſenen Uebergabevertrages vom 19. September 1866, deſſen 4. Abſatz dahin lautet: Gleichzeitig cedirt der Uebergeber B dem Uebernehmer A mittelſt beſonderer Urkunde ſeine Forderungen gegen C im Betrage von 400 fl., wogegen der Uebernehmer ſich verpflichtet, eine Meſſenſtiftung zu der Kirche in D mit 100 fl. und eine Armenbetheilungsſtiftung für die Ortſchaft D mit 100 fl. zum Seelenheile des Uebergebers zu fundiren, ſtellte A in der am 25. Februar 1871 gegen B eingereichten Klage das Begehren: Der Geklagte ſei ſchuldig anzuerkennen, daß er dem Kläger ſeine Forderungen gegen C im Betrage von 400 fl. cedirt habe, und dem Kläger die bezügliche Ceſſionsurkunde auszuſtellen. Bei der Verhandlungstagſatzung ergänzte A ſeine Klage durch die Erklärung, daß

er die Meſſen- und Armenſtiftung zu fundiren bereit ſei. — In erſter Inſtanz wurden die Einwendungen des Geklagten, daß A die Vertragsbedingung nicht erfüllt habe und daß ſeit der Vertragserrichtung ſchon fünf Jahre verfloſſen ſeien, nicht berückſichtigt, und dem Klagebegehren ſtattgegeben. — In zweiter Inſtanz wurde das Klagebegehren abgewieſen, da es ſich im vorliegenden Falle um ein pactum de contrahendo handle, indem ſowohl die Zeit des Abſchluſſes („gleichzeitig") als auch die weſentlichen Stücke des Vertrages beſtimmt ſeien, auf die Vollziehung dieſes Pactum aber in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte, als welcher hier der Tag der Errichtung des Uebergabevertrages erſcheint, gedrungen werden mußte (§. 936 a. b. G. B.).

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil des Obergerichtes in der Erwägung, daß, nachdem laut des Uebergabevertrages der Geklagte dem Kläger die in Rede ſtehenden Forderungen nur gegen Errichtung der beiden Stiftungen cediren zu wollen erklärt hat, der Kläger nicht berechtigt war, unbedingt die Abtretung der Forderung und die Ausſtellung der Ceſſionsurkunde zu begehren, auch wenn er ſeine Bereitwilligkeit zur Fundirung der Stiftungen erklärte; daß mithin ſein Klagebegehren dem ihm zu Grunde liegenden Vertrage nicht entſpricht.

Nr. 4617.

Zeitliche Colliſion der Geſetze: Anwendung der im Grundbuchsgeſetze normirten längeren Recursfriſt auf vorher ergangene Beſcheide. — Anerkennung einer Pfandſchuld: Umfang und Wirkung derſelben.

Entſch. v. 28. Mai 1872, Nr. 5404 (Beſt. des die Decrete des K. G. Brüx v. 20. Jänner und 28. Februar 1872, Nr. 441 und 1321, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 11. März 1872, Nr. 8429). G. H. 1872, S. 286.

A hat eine Forderung von 933 fl. gegen B, die auf dem Grundſtücke X der C pfandrechtlich ſichergeſtellt iſt. Auf die Klage des A gegen B und C wurde ein gerichtlicher Vergleich geſchloſſen, in welchem B als perſönlicher Schuldner und die C als Pfandſchuldnerin zur Zahlung der 933 fl. ſich verflichteten. Auf Grund dieſes Vergleiches begehrte A gegen die C die Einräumung des executiven Pfandrechtes für ſeine Forderung an dem gleichfalls ihr eigenthümlichen Grundſtücke Y. Die ſein Geſuch bewilligende Verordnung des Gerichtes erſter Inſtanz wurde der C am 5. Februar 1872 zugeſtellt; am 15. Februar 1872 begann die Wirkſamkeit des Grundbuchsgeſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95 und am 20. Februar recurrirte die C gegen den obigen Executionsbeſcheid — alſo zu ſpät, wenn die Recursfriſt nach der allgemeinen Vorſchrift mit 14 Tagen,

und noch zur rechten Zeit, wenn sie nach dem §. 127 des neuen Grundbuchsgesetzes mit 30 Tagen a dato der Zustellung berechnet wird.

Gegen die Meinung des Gerichtes erster Instanz, welches den Recurs als verspätet abwies, entschied der oberste Gerichtshof in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz, daß der Recurs noch in offener Frist angebracht worden sei. Gründe: Nachdem das neue Grundbuchsgesetz (Art. I des Einführungsgesetzes für dasselbe) mit dem 15. Februar 1872 für alle öffentlichen Bücher, die für die Erwerbung, Beschränkung und Aufhebung dinglicher Rechte an den in diesen Büchern eingetragenen Immobilien geführt werden, in Wirksamkeit getreten ist, und zwar ohne Unterschied, ob die Erwerbung, Beschränkung oder Aufhebung auf dem Wege des Verfahrens außer Streitsachen oder auf dem Executionswege begehrt und bewilligt wird; nachdem gemäß Art. IV des erwähnten Einführungsgesetzes mit dem Tage des Beginnes der Wirksamkeit des Grundbuchsgesetzes alle Gesetze und Verordnungen außer Kraft gesetzt sind, die Gegenstände dieses Gesetzes betreffen, so weit sie durch dasselbe geregelt sind, im §. 127 des neuen Grundbuchsgesetzes aber die Frist zum Recurse gegen Grundbuchsbescheide jeder Art normirt ist, so muß die Frage der Rechtzeitigkeit des gegen einen solchen Bescheid ergriffenen Recurses seit 15. Februar 1872 nach dem citirten §. 127 beurtheilt und somit der innerhalb der Frist dieses Paragraphes angebrachte Recurs des C als rechtzeitig behandelt werden. — In merito entschied der oberste Gerichtshof auf die Abweisung des in erster Instanz bewilligten Executionsgesuches des A, weil die C nicht Personalschuldnerin des A, sondern nur mit dem Grundstücke X, dessen Pfandschuldnerin war und noch ist, weil sie als Pfandschuldnerin von ihm belangt wurde und auch in dem darauf geschlossenen gerichtlichen Vergleiche nur als solche sich verpflichtete, daher dem A das executive Pfandrecht an dem sonstigen Vermögen der C — worunter ihr Grundstück Y — nicht ertheilt werden kann.

Nr. 4618.

Meistgebotsvertheilung: Vorrecht der Erwerbsteuer im Falle einer Mobilienexecution.

Entsch. v. 28. Mai 1872, Nr. 5630 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Wiener-Neustadt v. 19. Jänner 1872, Nr. 186 und des O. L. G. Wien v. 14. Februar 1872, Nr. 2824). Jur. Bl. 1872, Nr. 33.

Sachverhalt und Entscheidungen wie bei Entsch. vom 9. April 1872, Nr. 3618 (Nr. 4564 der Sammlung).

Nr. 4619.

Verlagsvertrag. — Beweis der Arbeitsunfähigkeit: Ersatz des Kunstbefundes durch die Aussage sachverständiger Zeugen und den Erfüllungseid.

Entsch. v. 29. Mai 1872, Nr. 3723 (Best. des das Urth. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 15. Dec. 1871, Nr. 45850, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 21. Februar 1872, Nr. 864). Jur. Bl. 1872, Nr. 22.

In dem mit dem Verleger A geschlossenen Vertrage verpflichtete sich der Professor B unter der Conventionalstrafe von 2000 fl. zur Lieferung eines wissenschaftlichen Werkes auf den 1. Juli 1870. Für den Fall, daß eine schwere Krankheit den B an der Vollendung des Werkes hindern sollte, wurde die Lieferungsfrist um die Zeit der Krankheitsdauer erweitert. B versäumte den Termin, wurde von A am 6. Juli 1870 auf die Zahlung der Conventionalstrafe belangt und wendete, unter Anbietung des Zeugenbeweises und Erfüllungseides ein, daß er am 13. Juni erkrankt und bis 8. Juli arbeitsunfähig gewesen sei. — Nach aufgenommenem Zeugenbeweise verurtheilte das Gericht erster Instanz B unbedingt zur Zahlung der 2000 fl., weil Krankheit und Arbeitsunfähigkeit Gegenstand eines Beweises durch Sachverständige, daher Zeugenbeweis und Parteieneide unstatthaft seien. — Das O. L. G. erkannte auf den Erfüllungseid des B darüber, daß er während der oben angeführten Zeit krank gewesen und von dem ihn behandelnden Arzte Dr. U jede geistige Anstrengung ihm untersagt worden sei, und sprach den Geklagten in dem Falle der Eidesleistung klagfrei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Durch die Zeugenaussage des Dr. U, welche in jenen des Dr. X, des Y und Z Unterstützung findet, ist für den entscheidenden Umstand, daß vom 13. Juni bis 8. Juli der Beklagte krank und jede geistige Anstrengung ihm von ärztlicher Seite untersagt war, ein halber Beweis geliefert worden, der durch den Erfüllungseid ergänzt werden kann. Denn eine Krankheit kann blos insofern nur durch Sachverständige bewiesen werden, als zur Erkenntniß derselben eine besondere Fachbildung erfordert wird, während Krankheitserscheinungen, die für Jedermann erkennbar sind, zu den Thatsachen gehören, die sich auch durch Zeugen und durch Parteieneide feststellen lassen, wie denn auch die Aerzte als Sachverständige ihrem Gutachten häufig die nicht von ihnen selbst wahrgenommenen, sondern die von Laien bezeugten Krankheitserscheinungen zu Grunde legen müssen. In dem vorliegenden Falle ist übrigens die schwere Krankheit und Arbeitsunfähigkeit von einem Zeugen, dem Dr. U, bestätigt worden, der als Arzt, und zwar als der den Beklagten behandelnde Arzt bei dem Besitze von Fachkenntnissen in der Lage war, den Zustand desselben eingehender zu beurtheilen, als es von anderen Sachkundigen auf

einmalige Unterſuchung hin hätte geſchehen können. Der Krankheitszuſtand wurde aber auch von einem zweiten ſachverſtändigen Zeugen, Dr. X, beſtätigt und auch dafür, daß die Krankheit und Arbeitsunfähigkeit des Beklagten jedenfalls vom 13. Juni bis 8. Juli dauerte, iſt durch die Ausſagen der beiden Aerzte ein halber Beweis hergeſtellt, da Dr. U beſtätigte, daß ſeine Behandlung des Kranken, die bis Auguſt fortgeſetzt wurde, am 13. Juni begann, und Dr. X erklärte, daß nach ſeiner am 1. Auguſt gemachten Wahrnehmung die Krankheit ſchon lang vorhanden ſein mochte. Zudem haben auch die als Zeugen verhörten Berufscollegen des Beklagten an ihm Wahrnehmungen gemacht, in denen die Ausſagen der Aerzte eine erhebliche Unterſtützung finden. Es kann daher der Beklagte um ſo unbedenklicher zu dem Erfüllungseide zugelaſſen werden, als die für Dritte wahrnehmbare Hinfälligkeit und Abſpannung desſelben wohl auch Gegenſtand ſeiner eigenen ſinnlichen Wahrnehmung geweſen und zumal das für den Kranken maßgebende ärztliche Verbot jeder geiſtigen Anſtrengung eine durch den Parteieneid zu conſtatirende Thatſache iſt.

Nr. 4620.

Tod des Delaten: Unterzeichnung der zur Annahme des Haupteides ermächtigenden Information nach erfolgter Inrotulirung der Acten.

Entſch. v. 29. Mai 1872, Nr. 5496 (Beſt. des Decr. des B. G. Warnsdorf v. 18. Februar 1872, Nr. 8017, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 2. April 1872, Nr. 10200). G. H. 1872, Nr. 257.

Im Jahre 1866 belangte A die von dem Advocaten C vertretene B auf Erfüllung eines Kaufvertrages; in demſelben Jahre wurden die Acten inrotulirt; im Jahre 1869 erging das erſtgerichtliche Urtheil und 1870 das Urtheil des oberſten Gerichtshofes, welcher auf die der B in der Klage und Replik zugeſchobenen Haupteide erkannte, über deren Annahme oder Zurückſchiebung in den bezüglichen Gegenſchriften — Einrede und Duplik — keine Erklärung abgegeben worden war. Nun verlangte der Advocat C in Vertretung der Erben der im Jahre 1867 verſtorbenen B, daß die urtheilsmäßigen Eide für abgeſchworen erklärt werden, und begründete das Geſuch mit einer von der B am 4. Jänner 1867 unterſchriebenen und ihm behändigten species facti, worin ſie ſich erbot, mit dem Haupteide zu beſchwören, daß .... — Das Gericht erſter Inſtanz bewilligte das Geſuch mit Berufung auf §. 233 a. G. O. und auf das Hofdcr. vom 5. März 1795, J. G. S. Nr. 222, weil die species facti, zwar nicht mit dem Wortlaute, immerhin aber in den weſentlichen, dem Proceſſe zu Grunde liegenden Thatſachen mit dem Sinne der

ſententionirten Eide übereinſtimmt. — Von dem O. L. G. wurde das Geſuch wegen Mangels der in den citirten Vorſchriften und im Hofdecr. vom 26. April 1792, J. G. S. Nr. 10, bezeichneten Vorausſetzungen abgewieſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Entſcheidung aus den Gründen derſelben und in der weiteren Erwägung, daß die von der B bei der Uebernahme der Vertretung gegen A dem Advocaten C für ſich und ihre Erben ausgeſtellte Vollmacht ausdrücklich auch auf die Annahme und Zurückſchiebung der von dem Kläger etwa angebotenen und durch Urtheil aufgetragenen Haupteide lautet; daß die im oberſtgerichtlichen Urtheile der B aufgetragenen Haupteide eben Beweiſe des Klägers ſind, über deren Annahme oder Zurückſchiebung ſie vor der Durchführung des Proceſſes nicht leicht ſchlüſſig werden konnte; daß ſie aber dieſen Entſchluß noch zeitig genug, lange vor der Fällung des erſtrichterlichen Urtheiles gefaßt hat, indem ſie am 4. Jänner 1867 die Information (species facti) zur Annahme und Antretung der vom Kläger aufgetragenen Eide unterzeichnete und ihrem Vertreter behändigte; daß mithin der Letztere auf Grund dieſer Information zur Antretung der urtheilsmäßigen Haupteide im Namen der B, reſp. ihrer Erben vollſtändig ermächtigt war, und die in dem §. 233 a. G. O. und den Hofdcr. vom 26. April 1792, Nr. 10 und 5. März 1795, Nr. 222 der J. G. S., feſtgeſetzten Bedingungen vorhanden ſind, um dieſe ordnungsmäßig angetretenen Eide für abgeſchworen erklären zu können.

Nr. 4621.

Gerichtsſtand für den Eheſcheidungsproceß: Streit über den letzten gemeinſchaftlichen Wohnſitz.

Entſch. v. 29. Mai 1872, Nr. 5504 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 6. Februar 1872, Nr. 6524 und des O. L. G. Wien vom 26. März 1872, Nr. 5491). G. Z. 1872, S. 88.

Die A belangte ihren Ehemann B in Budweis bei dem Wiener Landesgerichte auf Scheidung von Tiſch und Bett, indem ſie anführte, daß B nach ihrer in Budweis erfolgten Verehelichung von dort nach Wien überſiedelte, um hier einen beſſeren Erwerb zu ſuchen, daß ſie ihm in den neuen Wohnſitz folgte, mit ihm daſelbſt vom December 1870 bis October 1871 gemeinſchaftlich lebte, ſodann plötzlich von B verlaſſen wurde, ohne daß ſie ſeinen Aufenthaltsort in Erfahrung bringen konnte, bis er ſelbſt ihr aus Budweis ſchrieb und unter der Mittheilung, daß er nunmehr dort ſeinen Wohnſitz habe, ſie dahin zu kommen aufforderte, welcher Aufforderung ſie jedoch nicht nachkam. — Auf Grund der Angabe der A, daß Wien der letzte gemeinſchaftliche Wohnort der Ehegatten war, nahm das Landesgericht Wien die

Klage an, indem es zunächſt Tagſatzung zur Vornahme der Verſöhnungsverſuche anordnete (§. 1 des Geſetzes vom 31. Decbr. 1868, des R. G. Bl. Nr. 3 von 1869). Dagegen recurrirte B, ausführend, daß er den Wohnort in Wien nur zeitweilig, behufs Erzielung eines beſſeren Erwerbes wählte und ſeinen Wohnſitz in Budweis dabei nicht aufgab, daß aus der Weigerung ſeiner Gattin, der ihr durch §§. 92 und 93 a. b. G. B. auferlegten Pflicht, ihm in ſeinen Wohnſitz zu folgen, nachzukommen, derſelben kein Recht erwachſen kann, ihn bei einem anderen als ſeinem geſetzlich begründeten Gerichtsſtande zu belangen, daß demnach das Landesgericht Wien nicht competent ſei, in dieſer Angelegenheit vorzugehen. — Das O. L. G. beſtätigte die erſtgerichtliche Verordnung.

In Erwägung, daß nach §. 1 des Hofdcr. vom 23. Auguſt 1819, Nr. 1595 J. G. S., Streitigkeiten der Eheleute über die Scheidung von Tiſch und Bett im Weſentlichen nach den allgemeinen Grundſätzen des rechtlichen Verfahrens in Streitſachen zu behandeln ſind, bei Beurtheilung der Frage der Zuſtändigkeit des Gerichtes daher auch in Anſehung einer Eheſcheidungsklage die Beſtimmung des §. 2 J. N. vom 20. November 1852 in Anwendung zu kommen hat, und vermöge dieſer letzteren Beſtimmung die von der A bei dem Landesgerichte Wien eingebrachte Scheidungsklage, auf Grund der darin enthaltenen Angabe, daß die Klägerin und ihr Gatte ihren letzten gemeinſchaftlichen Wohnort in Wien hatten, von dem Landesgerichte Wien anzunehmen war — hat der oberſte Gerichtshof den a. o. Reviſionsrecurs des B verworfen, zugleich aber, bei dem Umſtande, daß der berufene §. 1 des Hofdecretes vom 23. Auguſt 1819 die Gerichte hinſichtlich der Behandlung von Streitigkeiten über Scheidung von Tiſch und Bett ausdrücklich auf die Anwendung der Vorſchriften der §§. 21 und 22 der weſtgal. G. O. verweiſt, nach §. 21 der letzteren Gerichtsordnung aber der Richter insbeſondere auch zu erheben hat, ob ſeine Gerichtsbarkeit in Hinſicht auf die Perſon des Geklagten und auf den Gegenſtand des Streites gegründet ſei, dem Landesgerichte aufgetragen, bei der über die Scheidungsklage angeordneten Tagſatzung vorerſt, wie es der Begriff und Zweck einer von Amtswegen zu pflegenden Unterſuchung erfordert, durch Vernehmung der beiden Streittheile, die die Zuſtändigkeit des Landesgerichtes Wien bedingenden Umſtände bezüglich des letzten gemeinſchaftlichen Wohnſitzes der beiden Ehegatten ins Klare zu ſetzen und ſohin nach Maßgabe der darüber gepflogenen Erörterungen die Frage der Zuſtändigkeit zu entſcheiden, und erſt wenn dieſe als begründet erkannt würde, der weiteren Verhandlung über die Klage Raum zu geben.

Nr. 4622.

Vermächtniß einer aus dem Erlös eines bestimmten Grundstückes zu realisirenden Geldsumme: Umfang des Rechtes des Legatars auf Sicherstellung.

Entsch. v. 29. Mai 1872, Nr. 5565 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 24. Juli 1871, Nr. 13737 und des O. L. G. Krakau v. 30. Nov. 1871, Nr. 15388). Jur. Bl. 1872, Nr. 28.

Die M vermachte dem A 2000 fl. und bestimmte, daß ihr Gut X verkauft und aus dem Kaufschillinge das Legat gezahlt werde. Im Laufe der Verlassenschaftsabhandlung begehrte A gegen die M'schen Erben B und C, welche die Nachlaßimmobilien unter sich in der Art getheilt hatten, daß B das Gut X und C das Haus Y übernahm, die Pränotation seines Legates auf beiden Immobilien zur Sicherstellung im Sinne und mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. — Von beiden Untergerichten wurde das Gesuch vollständig bewilligt.

Der oberste Gerichtshof verweigerte die Pränotation auf dem Hause Y. Gründe: Durch die Bestimmung, daß das Gut X verkauft und aus dem Kaufgelde das Legat des A gezahlt werden soll, hat die M das den Legataren nach §. 688 a. b. G. B. zustehende Recht der Sicherstellung auf das Gut X beschränkt. Dem A, der nach der Vermächtnißordnung die Befriedigung nur aus einer bestimmten Sache zu begehren berechtigt ist, kann das Pfandrecht an anderen Objecten des Nachlasses nicht eingeräumt werden; es liegt hier nicht einzig und allein die im §. 649 ibid. ausgesprochene und mit der Erbserklärung eintretende Haftung der Erben, sondern die Haftung der von der Erblasserin bestimmten Sache vor.

Nr. 4623.

Bemessung des der schuldlosen geschiedenen Ehegattin gebührenden „angemessenen" Unterhaltes.

Entsch. v. 31. Mai 1872, Nr. 5247 (Best. der Urth. des L. G. Krakau v. 20. Mai 1871, Nr. 7389 und des O. L. G. Krakau v. 21. Nov. 1871, Nr. 13685). G. Z. 1873, Nr. 57.

Durch das Erkenntniß des geistlichen Ehegerichtes vom 1. October 1867 war auf die Klage der A gegen ihren Ehemann B die zeitliche Scheidung von Tisch und Bett, mit dem Beisatze, daß der Beklagte daran Schuld trage, ausgesprochen und dieses Urtheil in Folge der Bestätigung in zweiter Instanz rechtskräftig geworden. Im darauffolgenden Jahre belangte die A den B bei dem weltlichen Gerichte wegen des Unterhaltes, und zwar 1. auf Nachzahlung der Alimente vom 1. October 1867 bis zum Klagetage und 2. auf Zahlung

der Alimente in Zukunft bis zu ihrem Tode. — Von dem Gerichte erſter Inſtanz wurden ihr ad 1 und 2 die Alimente in dem Ausmaße von 20 fl. per Monat abjudicirt. — Das O. L. G. beſtätigte dieſe Entſcheidung mit der Beſchränkung des ad 2 erhobenen Alimentenanſpruches auf die Zeitdauer der Scheidung.

Der Beklagte ergriff die a. o. Reviſionsbeſchwerde (mit der Bitte um vollſtändige Abweiſung der Klägerin), welche von dem oberſten Gerichtshofe aus folgenden Gründen verworfen wurde. Die beiden Untergerichte haben nach Art. IV. §. 3 des Geſetzes vom 25. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 47, mit vollem Rechte durch die rechtskräftigen Urtheile der geiſtlichen Ehegerichte zweier Inſtanzen als entſchieden angenommen, daß der Geklagte an der ausgeſprochenen zeitlichen Scheidung von Tiſch und Bett Schuld trage und ſonach die ſchuldloſe Gattin und jetzige Klägerin nach §. 1264 a. b. G. B. von ihrem Manne den angemeſſenen Unterhalt begehren könne. Da der bezogene §. 1264 a. b. G. B. keinen Unterſchied macht, ob die Gattin ſich ſelbſt den Unterhalt verſchaffen könne, eigenes Vermögen beſitze, oder nicht, ſo haben die Untergerichte auch mit Recht auf die von dem Belangten vorgebrachten, auf dieſe Umſtände Bezug nehmenden Behauptungen keine Rückſicht genommen und darüber auch keine Beweisführung zugelaſſen. Daß im §. 1264 a. b. G. B. dem ſchuldloſen geſchiedenen Theile das Recht vorbehalten wird, nach Umſtänden den angemeſſenen Unterhalt zu verlangen, erhält durch das in demſelben Satze des bezogenen Paragraphen dem ſchuldloſen Theile vorbehaltene alternative Recht, die Fortſetzung oder Aufhebung der Ehepacte oder nach Umſtänden den anſtändigen Unterhalt zu verlangen, ſeine zureichende Erklärung in dem Sinne, daß die Worte „nach Umſtänden" eben nur auf die dem ſchuldloſen Theile zuſtehende Wahl und die hierbei maßgebende Frage, ob Ehepacte beſtehen oder nicht, ob die Ehegattin, als der ſchuldloſe Theil, die Fortſetzung der Ehepacten oder deren Aufhebung vortheilhafter finde als den Anſpruch auf den angemeſſenen Unterhalt, ſich beziehen und daß damit keineswegs das Recht, den Unterhalt zu begehren, auf den Fall der Vermögensloſigkeit und Erwerbsunfähigkeit der ſchuldloſen Ehegattin beſchränkt oder das Ausmaß dieſes Unterhaltes inſoweit eingeſchränkt werden ſollte, als die ſchuldloſe Gattin ſich aus ihrem Vermögen oder durch ihre Arbeit den Unterhalt zu verſchaffen vermag. Der von dem Reviſionswerber mit ſo großem Nachdrucke hervorgehobene Unterſchied, daß nur eine in ehelicher Gemeinſchaft mit ihrem Manne lebende Gattin nach §. 91 a. b. G. B. den anſtändigen Unterhalt nach dem Vermögen des Mannes anſprechen könne, während einer ohne Schuld geſchiedenen Gattin nur der angemeſſene Unterhalt gebührt, erſcheint in Berückſichtigung, daß die §§. 108 und 117 a. b. G. B. den Richter im Falle einer Scheidung verpflichten, wenn ſich Streitigkeiten über den Unterhalt äußern, der Ehegattin auch inzwiſchen den anſtändigen Unterhalt an-

zumeſſen, als kein weſentlicher; er verliert aber alle Bedeutung, ſo lange nicht erwieſen wird, daß der von den Untergerichten mit 20 fl. monatlich bemeſſene Unterhalt mehr als ein angemeſſener ſei. Daß die Angemeſſenheit nichts anderes bedeuten könne, als das richtige Verhältniß des Unterhaltes zu dem Einkommen des Mannes und zu dem Unterhalte, den die Gattin in der ehelichen Gemeinſchaft nach §. 91 a. b. G. B. als anſtändigen Unterhalt hätte verlangen können, kann nicht beſtritten werden, und es kommt alſo darauf an, ob in dieſem Sinne der monatliche Betrag von 20 fl. oder der Jahresbetrag von 240 fl. angemeſſen erſcheine. — Da nun die Untergerichte auf Grund der behufs der Steuerbemeſſung amtlich verificirten Zinsfaſſion berechneten, daß Geklagter von ſeinen Realitäten ein reines Jahreseinkommen von 573 fl. 19 kr. bezieht, welchem noch die von dem Capitale der Kinder per 3000 Silberrubel mit 192 fl. zu berechnenden Zinſen zuzuzählen kommen, ſo daß alſo der Vater mit ſeinen Kindern neben der freien Wohnung bei 760 fl. ö. W. Einkommen hat, ſo kann die Zuerkennung eines nicht einmal den dritten Theil dieſes Einkommens erreichenden Unterhaltes für die Gattin in keinem Falle als unangemeſſen und noch weniger als eine offenbare Ungerechtigkeit angeſehen werden, welche gemäß Hofdecret vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, zur Abänderung gleichlautender unterrichterlicher Erkenntniſſe berechtigen würde. — Dasſelbe Bewandtniß hat es auch mit der Zuerkennung des Unterhaltes für die Klägerin ſeit 1. October 1867, als dem Tage des in erſter Inſtanz gefällten Scheideerkenntniſſes, weil Geklagter nicht nachgewieſen hat, nach dieſem Tage der Klägerin den Unterhalt geleiſtet zu haben und weil nach §§. 108 und 117 a. b. G. B. die Gattin ſelbſt vor Entſcheidung des Scheidungsproceſſes die Bemeſſung des einſtweiligen anſtändigen Unterhattes hätte begehren können.

Nr. 4624.

Unzuſtändigkeit der Gerichte für Klagen auf Exſcindirung aus einer von der politiſchen Behörde vorgenommenen Pfändung.

Entſch. v. 4. Juni 1872, Nr. 5773 (Beſt. des das Decr. des L. G. Wien v. 27. Februar 1872, Nr. 11308, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 9. April 1872, Nr. 6500). G. Z. 1872, Nr. 63.

In erſter Inſtanz wurde die Klage der A wider den Fiscus peto. Anerkennung ihres Eigenthumes an Mobilien, die bei einem Dritten wegen ſeiner Steuerrückſtände in Execution gezogen worden waren, und Ausſcheidung derſelben aus der Execution aufrecht verbeſchieden und der A die unter Einem begehrte Siſtirung der Execution gegen 100 fl. Caution bewilligt. — In zweiter Inſtanz wurde die Klage wegen Gerichtsunzuſtändigkeit a limine zurückgewieſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Verordnung des O. L. G., „weil die Anfechtung einer von der politiſchen Behörde verfügten Execution nicht auf den Rechtsweg gehört, und das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, ſich nur auf gerichtliche Executionen bezieht.“

Nr. 4625.

Begehren um Sequeſtration eines im Beſitz eines Dritten befindlichen Grundſtückes des Erblaſſers: officioſes oder contentioſes Verfahren?

Entſch. v. 4. Juni 1872, Nr. 5849 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Schluckenau v. 9. April 1872, Nr. 1595 und des O. L. G. Prag v. 22. April 1872, Nr. 12677). G. Z. 1872, Nr. 103.

A hatte ſeine Schweſter B auf Ausſtellung eines intabulationsfähigen Kaufvertrages in Betreff mehrerer in die Verlaſſenſchaft ihres Vaters M gehörigen Grundſtücke belangt, die von dem Erblaſſer der B teſtamentariſch zugedacht, allein nach der Anführung des Klägers noch vor der letztwilligen Anordnung von M ihm verkauft worden waren. Die Klage des A wurde abgewieſen, weil die B mit dem ihr aufgetragenen Haupteide die Anführungen des Klägers ableugnete. Darauf machte dieſer die ſtrafgerichtliche Anzeige gegen die B wegen des Verbrechens des Betruges durch Ablegung eines falſchen Eides; allein ſie wurde für nicht ſchuldig erklärt und darauf die Verlaſſenſchaftsabhandlung nach M angeordnet. A gab ſich nicht zufrieden; er begehrte die Wiederaufnahme des Strafverfahrens und erwirkte auf Grund deſſen die Erſtreckung der Verlaßabhandlung. Da er die ſtreitigen Grundſtücke bewirthſchaftete, ihm aber die Verwaltung derſelben vom Gerichte nicht zugewieſen worden war, ſo bat die B gemäß §. 127 des kaiſerl. Patentes v. 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, um Sequeſtration dieſer Grundſtücke, welche von beiden Untergerichten bewilligt wurde.

Der oberſte Gerichtshof hingegen verweigerte die Sequeſtration. Gründe: Der Fall einer Sequeſtrationsbewilligung nach §. 127 des Patentes v. 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, iſt nicht vorhanden, weil der Streit über die Giltigkeit der letztwilligen Anordnung des M längſt entſchieden iſt, und es ſich nicht um Sequeſtration des Nachlaſſes, ſondern von Grundſtücken handelt, von denen die Sequeſtrationswerberin behauptete, daß ſie in den Nachlaß des M gehören, während der Gegner vorgibt, ſelbe auf Grund eines mit dem Erblaſſer geſchloſſenen Vertrages inne zu haben. Wenngleich A in dem Rechtsſtreite gegen die B als erklärte Erbin des M wegen Ausſtellung eines Kaufcontractes über die in Rede ſtehenden Grundſtücke ſachfällig geworden iſt, ſo iſt durch das Urtheil nicht auch ſchon das Eigenthum

und der Besitz dieser Grundstücke dem Nachlasse des M oder seiner Erbin zuerkannt worden, und die Sequestration der Grundstücke könnte nur nach Vorschrift der a. G. O. bewilligt werden. Diese wäre aber gegen den im factischen Besitze der Grundstücke befindlichen A nur bei dem Vorhandensein der Bedingungen des §. 293 a. G. O. zulässig, die jedoch hier nicht eintreten, da die B die Ueberreichung einer Klage auf Uebergabe der Grundstücke nicht ausgewiesen, noch weniger eine Gefahr erweislich gemacht hat, daß der Geklagte solche während des Processes veräußern, verderben, oder Schaden nehmen lassen dürfte.

Nr. 4626.

Streitanmerkung im Depositenbuche?

Entsch. v. 5. Juni 1872, Nr. 5799 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 13. Februar 1872, Nr. 5902 und des O. L. G. Wien vom 9. April 1872, Nr. 6498). Jur. Bl. 1872, Nr. 21.

„Das Hofdecret vom 27. März 1846, J. G. S. Nr. 951, handelt nur von Klagen wegen Löschung eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Rechtes und von der Anmerkung derselben in dem Grundbuche und in der Landtafel, wogegen für die Zulässigkeit einer Streitanmerkung in den Gerichtsdepositenbüchern eine gesetzliche Vorschrift nicht besteht und bei der nach dem Zwecke und nach der Einrichtung obwaltenden Verschiedenheit zwischen den Grund- und den Depositenbüchern die Anwendung der Normen über die Streitanmerkung in den ersteren auf die Depositenbücher per analogiam nicht statthaft ist." — Mit dieser Begründung wurde von dem obersten Gerichtshofe das Gesuch des A abgewiesen, worin er auf Grund seiner Klage pto. Freiheit mehrerer gerichtlich deponirter Grundentlastungsobligationen von einem Fideicommißbande die Streitanmerkung in dem Depositenbuche begehrt hatte.

Nr. 4627.

Klage auf durch Verjährung bewirkte Erloschenheit einer durch Pfandbestellung verstärkten Bürgschaft: Vertheilung der Beweislast.

Entsch. v. 6. Juni 1872, Nr. 2311 (Best. des Urth. des L. G. Prag vom 22. Juli 1871, Nr. 16781, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom v. 30. Oct. 1871, Nr. 35612). G. H. 1872, S. 298.

Auf Grund der 30jährigen Verjährung belangte A den B wegen Erlöschung der Bürgschaft, die er dem B mit schriftlicher Urkunde

vom 28. October 1835 für die Schuld des C. im Betrage von 120 fl. geleiſtet hatte und Löſchung des für die Bürgſchaft auf dem Hauſe des Klägers intabulirten Pfandrechtes. Die Bürgſchaftsurkunde wurde in dem Proceſſe nicht beigebracht und nur von A ein Grundbuchsextract vorgelegt, aus dem ſich ergibt, daß die Hypothek zur Sicherſtellung der Bürgſchaft 34 Jahre vor der Anſtellung der Klage erwirkt worden iſt. Der Beklagte wendete ein: A habe nicht bewieſen 1. daß von dem einverleibten Rechte durch die ganze Verjährungszeit kein Gebrauch gemacht wurde, 2. daß vor mehr als 30 Jahren ſchon die verbürgte Forderung fällig und damit für den Beklagten die rechtliche Möglichkeit vorhanden war, die Zahlung von dem Schuldner und dem Bürgen zu fordern. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte nach dem Klagebegehren, welches von dem O. L. G. in der Erwägung abgewieſen wurde, daß zur Nativität des Klageanſpruches gegen den Bürgen, von welcher der Beginn der Verjährung desſelben bedingt iſt, nach §. 1355 a. b. G. B. die eingetretene Fälligkeit der verbürgten Forderung und die Mahnung des Hauptſchuldners erfordert werden und dieſe Requiſiten von der die Verjährung geltend machenden Partei zu beweiſen ſind.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil, indem er beide Einwände des B aus den nachſtehenden Gründen für unberechtigt erklärte: Die erſte Einwendung iſt durch den (producirten) Grundbuchsextract ſelbſt widerlegt; denn das Fortdauern der Haftung in ihrem urſprünglichen Zuſtande beweiſt, daß von dem Pfandrechte kein Gebrauch gemacht worden iſt, weil ſonſt die Execution, d. i. die einzige Geltendmachung des Pfandrechtes, im Grundbuche erſichtlich ſein müßte, — ganz abgeſehen davon, daß die Negative (der Nichtgebrauch) überhaupt nicht Gegenſtand einer Beweisführung iſt, wie z. B. der Schuldner ſich nicht mit der Einwendung ſchützen könnte, daß ſein auf die Zahlung klagender Gläubiger die Nichtzahlung nicht bewieſen habe. — Das Letztere gilt auch von der zweiten Einwendung. Denn der Inhalt des grundbücherlichen Eintrages läßt nicht entnehmen, daß die verbürgte Forderung damals noch nicht fällig war, und wenn B dem A den Beweis aufbürden will, daß dieſelbe vor mehr als 30 Jahren ſchon fällig geweſen ſei, ſo iſt dies nicht nur eine verkehrte Anwendung der proceſſualiſchen Beweisregeln, ſondern es beruht eben wieder darauf, daß dem Kläger zugemuthet wird, zu beweiſen, daß dem beklagten Gläubiger nichts im Wege ſtand, von dem Pfandrechte Gebrauch zu machen, — eine Zumuthung, die bis in ihre letzten Folgen durchgeführt, kaum jemals die Möglichkeit übrig laſſen würde, die Erlöſchung eines Rechtes wegen nach den §§. 1478 und 1479 a. b. G. B. eingetretener Verjährung auszuſprechen.

Nr. 4628.

Litispendenz: Identität der Ansprüche?

Entsch. v. 6. Juni 1872, Nr. 2433 (Best. des das Urth. des B. G. Luffins v. 16. Mai 1871, Nr. 547, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 28. Oct. 1871, Nr. 4016). G. H. 1872, S. 383. G. Z. 1873, Nr. 77.

Bei dem A, Eigenthümer einer Apotheke, stand B als Provisor in Dienst bis zu seiner Entlassung im Jänner 1867, nach welcher er ein Decret der politischen Behörde erwirkte, mit welchem dem A aufgetragen wurde, den Vertrag bis zur weiteren gerichtlichen Entscheidung zu achten und dem B den monatlichen Lohn nebst Wohnung zu verabfolgen. Nachdem dem B im Verwaltungsweg auch die Execution dieses Decrets bewilligt worden war, erlegte A bei Gericht den rückständigen Lohn pr. 360 fl. Darauf — am 7. November 1867 — überreichte A gegen B die Klage wegen Gerechtfertigterklärung der Entlassung und Auflösung des Dienstvertrages seit dem 28. Jänner 1867; und im December 1867 forderte er mit einer zweiten Klage gegen B die Zurückstellung, resp. Ausfolgung der bei Gericht deponirten 360 fl., indem er sich auf die in der früheren Klage vorgebrachten Behelfe und Beweismittel berief. Der Beklagte wendete gegen die zweite Klage die Litispendenz ein, da vorerst über den Bestand oder Nichtbestand des Dienstvertrages entschieden werden müsse, ehe in die Erörterung der Frage über die Rückstellung des Lohnes eingegangen werden könne. — Das Gericht erster Instanz gab der Einwendung der Streitanhängigkeit statt, behielt jedoch dem Kläger das Recht vor, nach Entscheidung des ersten Streites seinen allfälligen Anspruch wieder geltend machen zu können. In den Gründen wird gesagt: Kläger bietet in beiden Klagen dieselben Beweise an, um die Auflösung des Dienstvertrages nachzuweisen. In beiden Klagen wird also im Wesentlichen die Entscheidung darüber begehrt, daß die Wirkungen jenes Vertrages aufgehört haben, und der Umstand, daß in der zweiten Klage das Begehren nicht ausdrücklich darauf gestellt wird, ändert nichts an der Sache, weil der Richter auch im zweiten Streite sich über die Wirkung der Aufkündigung und den Bestand des Dienstvertrages aussprechen muß. Gegenstand und Titel des Klagebegehrens sind also in beiden Processen identisch und es geht nicht an, daß der Richter zweimal über einen und denselben Streitgegenstand sich ausspricht. — Von dem O. L. G. wurde die Einwendung der Streitanhängigkeit verworfen, in Erwägung, daß, so wie aus einem und demselben Factum verschiedene Rechte und Pflichten entspringen können, es wohl auch zuläßig erscheint, daß auf Grundlage desselben Factums verschiedene Klagerechte geltend gemacht werden können; daß aus dem Vergleiche der Petite beider Klagen sich ergibt, daß A mit der ersten Klage das Begehren um Erkenntniß auf Giltigkeit der Entlassung des Beklagten aus seinem Dienste als Provisor

der Apotheke, mit der zweiten aber auf Rückstellung des erlegten Betrages pr. 360 fl. gestellt hat; daß die zweite Klage ihre Grundlage in dem späteren Factum des Depositums des Betrages pr. 360 fl. hat und dahin gerichtet ist, die Rückstellung desselben zu erlangen, mithin, wenn man auch in dem zweiten Processe die gleiche Streitfrage wieder vorgebracht sehen wollte, dennoch dieselbe auf Grundlage eines anderen Klagerechtes, als welches die angesprochene Zahlung einer Nichtschuld sich darstellt, angeregt und auf die in der ersten Klage nicht enthaltenen Punkte ausgedehnt erscheint, so daß auf die erhobene Einwendung der Streitanhängigkeit eine Rücksicht nicht genommen werden kann, und zwar um so weniger, als vermöge der in diesem Processe von dem Kläger angebotenen Beweismittel eine gründliche meritorische Entscheidung gefällt werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Berufung auf die vom O. L. G. hinausgegebenen Entscheidungsgründe.

Nr. 4629.

Zeugenbeweis: Verpflichtung des Beweisgegners, sich zum Zwecke der Feststellung seiner Identität den Zeugen vorzustellen.

Entsch. v. 11. Juni 1872, Nr. 5992 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Landstraße in Wien v. 4. April 1872, Nr. 4775 und des O. L. G. Wien v. 23. April 1872, Nr. 7937). Jur. Bl. 1873, Nr. 18.

A belangte den B wegen Zahlung von 452 fl. für den Unterhalt eines Kindes, indem er anführte, daß B ihm dasselbe in Pflege gegeben, 10 fl. pr. Monat als Pflegegeld versprochen und eine zeitlang auch gezahlt habe, dann aber mit der Klagesumme im Rückstande geblieben sei. A erbot sich diese von B geleugneten Thatsachen durch Zeugen zu beweisen; nachdem aber B in seinem Verkehre mit A sich den Namen C beigelegt hatte und den Zeugen nur unter diesem Namen bekannt geworden war, verlangte A, daß bei der Beweisaufnahme der Beklagte den Zeugen zur Agnoscirung vorgestellt werde, und brachte dieses Begehren damit zum Ausdruck, daß er in den Weisartikeln bei den Stellen, wo von dem Beklagten die Rede ist, jedesmal die Worte: „monstretur testi“ einschaltete. B bezeichnete in dem Processe die Forderung dieser Vorstellung als gesetzwidrig. Das Gericht erkannte auf den Zeugenbeweis; das (damals noch der Appellation unterliegende) Beiurtheil wurde von B nicht angefochten. Der Kläger trat den Beweis an und das Gericht verordnete, seiner Bitte gemäß, das persönliche Erscheinen des B zum Zeugenverhöre. — Gegen diese Verfügung recurrirte B an das O. L. G. und, nachdem sein Recurs erfolglos geblieben war, an den obersten Gerichtshof.

In Erwägung, daß der Beklagte das Beiurtheil, in Folge deſſen die Zeugen über die Weisartikel nach vorgängiger, von dem Gerichte zu veranlaſſender Vorſtellung des Beklagten auszuſagen, nicht angefochten haben, mithin die Beweisaufnahme, ſo wie darauf erkannt wurde, ſtatt zu finden hat, und daß es in der Natur der Sache liegt, daß den Zeugen die Gelegenheit zur Agnoscirung der Perſon, ohne welche ſie die ihnen abgeforderte Ausſage nicht ablegen können, verſchafft werden muß, — hat der oberſte Gerichtshof den Recurs des B verworfen.

Nr. 4630.

Separatio bonorum: Nachweis einer Gefahr?

Plenar-Entſch. v. 12. Juni 1872, Nr. 5778 (Beſt. des Decr. des B. G. Haidenſchaft v. 30. Dec. 1871, Nr. 8371, Abänd. des Decr. des O. L. G. Trieſt v. 23. Februar 1872, Nr. 893). G. Z. 1872, Nr. 58.

Den Kindern und geſetzlichen Erben des ohne Teſtament verſtorbenen M wurde nach §. 810 a. b. G. B. die Beſorgung und Benützung der von ihnen bedingt angetretenen Erbſchaft, die bei Anlegung der Sperre einſtweilen der Witwe des M anvertraut worden war, bewilligt, und als die Letztere zur Ausfolgung der Verlaſſenſchaft an die Erben ſich nicht verſtehen wollte, verlangten und erwirkten die Erben die Einführung in den Beſitz des Nachlaſſes. Nun begehrte die Witwe als Erbſchaftsgläubigerin nach §. 812 a. b. G. B. die Separation der Verlaſſenſchaft und deren Verwaltung durch einen Curator. — Das in erſter Inſtanz bewilligte Geſuch wurde von dem O. L. G. in der Erwägung abgewieſen, daß von dem Nachlaß des M das Inventar bereits aufgenommen und dadurch der Stand der Verlaſſenſchaft ſchon ſichergeſtellt iſt, mithin dieſelbe mit Rückſicht auf den §. 802 a. b. G. B. bereits als abgeſonderte Maſſe behandelt wird, gegen welche die Erbſchaftsgläubiger ihre Forderungen geltend machen können; daß im Allgemeinen, insbeſondere aber in dem gegenwärtigen Falle, wo eine abgeſonderte Maſſe ſchon beſteht, die Verfügung der Uebergabe des Nachlaſſes an einen Curator nach §. 812 a. b. G. B. nur dann Anwendung hätte, wenn eine Gefahr für die Forderung des Erbſchaftsgläubigers durch die Vermengung des Nachlaſſes mit dem Erbenvermögen wenigſtens wahrſcheinlich gemacht wird, weil, wenn dieſer Nachweis nicht nöthig wäre, das Geſetz ohne Erwähnung der Beſorgniß einer Gefahr den Gläubiger in jedem Fall berechtigt haben würde, die Separation zu verlangen; daß aber hier eine ſolche Gefahr nicht vorhanden und mit Rückſicht auf den §. 145 des kaiſerl. Patents v. 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, welcher die Veräußerung und die Verpfändung der zum Nachlaſſe gehörigen Güter von der Genehmigung des Gerichtes abhängig macht, nicht einmal wahrſcheinlich iſt.

In Erwägung, daß zur Anwendung der im §. 812 a. b. G. B. vorgesehenen Maßregel nach dem Wortlaute dieser Gesetzstelle die besondere Darthuung einer Gefahr nicht erfordert wird; daß die Gesuchstellerin ausdrücklich erklärte, die Besorgniß zu hegen, daß sie durch die Vermengung der Verlassenschaft mit dem Erbenvermögen für ihre Forderung Gefahr laufen könnte; daß die Aeußerung dieser Besorgniß — was zwar an und für sich nicht entscheidend ist, allein immerhin als unterstützend geltend gemacht werden kann — nach der Actenlage nicht offenbar als unwahr, jedweden Grundes entbehrend und lediglich als auf kränkende Bedrückung berechnet betrachtet werden kann — hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Verordnung bestätigt.

Nr. 4631.

Ausschließliche Zuständigkeit der Personalinstanz zur Bewilligung des ersten Executionsgrades auf Grund eines strafgerichtlichen Urtheiles.

Entsch. v. 12. Juni 1872, Nr. 5820 (Best. des das Decr. des B. G. Wegstadtl v. 30. Jänner 1872, Nr. 455, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 24. April 1872, Nr. 4635). G. Z. 1873, Nr. 5.

Auf Grund des Urtheiles des B. G. in Troppau, durch welches B der Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre schuldig erkannt und in den Ersatz der Kosten des Privatklägers A verfällt worden war, begehrte dieser die Ertheilung, respective Intabulation des executiven Pfandrechts auf einer Liegenschaft des B zur Deckung seines Kostenanspruches pr. 47 fl. bei dem B. G. Wegstadtl als forum rei sitae. — Das von dem genannten B. G. angenommene und bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. a limine zurückgewiesen, „in der Erwägung, daß nach §. 322 a. G. O. im Falle wenn der Kläger auf ein liegendes Gut die Execution führen will, der Richter ihm auf sein Anlangen das Pfandrecht ertheilen, die Einverleibung in das öffentliche Buch verwilligen und um den Vollzug jenes Gericht, unter welchem das unbewegliche Gut gelegen ist, ersuchen soll; daß der Kläger nur nach erwirktem Pfandrechte in Gemäßheit des §. 323 a. G. O. befugt ist, die weiteren Executionsschritte sogleich bei dem Richter anzusuchen, welchem die Landtafel oder das Grundbuch untersteht, woraus hervorgeht, daß das Realgericht als solches, wenn es nicht zugleich Personalgerichtsstand ist, zur Bewilligung des ersten Executionsgrades nicht ermächtigt ist; daß dieses auch aus dem §. 69 der Civiljurisdictionsnorm hervorgeht, wornach der erste Executionsgrad stets bei demjenigen Gerichte anzusuchen ist, von welchem das Erkenntniß erster Instanz gefällt wurde; daß im vorliegenden Falle, wo es sich um die Exe-

cution auf Grund eines ſtrafgerichtlichen Erkenntniſſes handelt, im Sinne der vorcitirten Geſetze der Grundſatz aufrecht erhalten werden muß, daß das Anſuchen um deren Bewilligung bei dem Perſonalgerichte des Executen anzubringen iſt, mithin nicht bei dem B. G. Wegſtadtl, da der Execut B als Beſitzer eines landtäflichen Gutes in Wegſtadtl nicht dem dortigen Bezirksgerichte, ſondern nach §. 14 lit. c der J. N. dem betreffenden Gerichtshofe erſter Inſtanz perſönlich unterſteht." — In dem dagegen ergriffenen Reviſionsrecurſe des A wurde geltend gemacht, daß die §§. 322 und 323 a. G. O. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung haben, da dieſelben ein Erkenntniß des Civilrichters vorausſetzen; daß der §. 363 St. P. O. (= §. 373 St. P. O. v. 1873) die ſtrafgerichtlichen Entſchädigungserkenntniſſe für executionsfähig erklärt und eine Ausnahme von der allgemeinen Regel enthält, daß der erſte Executionsgrad nur bei dem Erkenntnißrichter angeſucht werden kann; daß bei civilgerichtlichen Urtheilen nur der Erkenntnißrichter wiſſen kann, ob dieſelben in Rechtskraft erwachſen ſind, dieſer Grund aber bei ſtrafgerichtlichen Erkenntniſſen wegfällt, deren Executionsfähigkeit der Strafrichter beſtätigt hat; endlich daß die Execution auf ein Reale angeſucht wird, das im Grundbuche des B. G. Wegſtadtl liegt und nach §§. 50 und 71 J. N. die ausſchließliche Competenz dieſes Gerichtes zur Bewilligung dieſer Execution unzweifelhaft ſei.

Der oberſte Gerichtshof hat die obergerichtliche Entſcheidung beſtätigt. Gründe: Die Bewilligung des erſten Executionsgrades iſt kein Realact. Dieſelbe kann daher auch auf Grund eines rechtskräftigen ſtrafgerichtlichen Urtheiles nicht bei dem Realgerichte, ſondern muß nach dem allgemeinen Grundſatze, daß Niemand ſeinem zuſtändigen Richter entzogen werden dürfe, bei dem ordentlichen, d. i. dem Perſonalgerichte des Executen, angeſucht werden.

Nr. 4632.

Quartal- oder Jahresmiethe?

Entſch. v. 12. Juni 1872, Nr. 5961 (Beſt. des das Urth. des B. G. Krakau v. 14. März 1872, Nr. 4419, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau vom 10. April 1872, Nr. 5069). Jur. Bl. 1872, Nr. 21.

Die A kündigte der B die Hausmiethe auf den 1. April 1872. Die Letztere beſtritt die Kündigung mit der Anführung, daß M, der verſtorbene Eigenthümer des Hauſes, deſſen Alleinerbin die A iſt, ihr, B, das Haus vom 1. October 1871 an auf ein ganzes Jahr vermiethet habe. Zum Beweiſe dafür producirte die B einen Brief des M vom 6. Auguſt 1871, worin er ihr erklärte, „daß er die Miethe in Gemäßheit der mündlichen Verabredung vom 29. v. M.

gegen den in anticipativen Quartalsraten zu entrichtenden Jahreszins von 300 fl. acceptire."

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz erklärte der oberste Gerichtshof die Kündigung der A für unwirksam. Gründe: Durch die in dem obigen Briefe des M erklärte Annahme des Antrags der B auf Vermiethung seines Hauses ist der Miethvertrag perfect geworden (§. 861 und 1094 a. b. G. B.). Obgleich in der brieflichen Erklärung des M die Miethdauer nicht ausdrücklich bezeichnet ist, muß aus der Festsetzung des Jahreszinses nach §. 1113 a. b. G. B. auf eine Jahresmiethe geschlossen werden. Die Stipulation der Zahlung des Miethzinses in vierteljährigen Raten kann für die Miethdauer von keinem Belange sein, weil das Gesetz ausdrücklich nur die Festsetzung des Zinses nach einem bestimmten Zeitraume für maßgebend erklärt, so wie es umgekehrt, wenn eine Jahresmiethe bedungen, allein die Zahlungszeit des Zinses nicht bestimmt ist, die letztere nicht für das ganze Jahr auf einmal, sondern, von der Miethzeit abweichend, in halbjährigen Raten vorschreibt (§. 1100 a. b. G. B.) Wenn man übrigens es als zweifelhaft betrachten wollte, ob in dem Briefe des M der Zins als Jahres- oder als Quartalzins bezeichnet sei, so müßte, da der Bestandvertrag ein zweiseitig verbindliches Geschäft ist, die Frage zum Nachtheile des Vermiethers entschieden werden, von dem die briefliche Erklärung ausgegangen ist (§. 915 a. b. G. B.).

Nr. 4633.

Mündliches Verfahren: Neuerungen in der Replik.

Entsch. v. 12. Juni 1872, Nr. 6111 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 14. Nov. 1871, Nr. 50971 und des O. L. G. Wien v. 6. März 1872, Nr. 2428). G. Z. 1872, Nr. 89.

Aus Anlaß der wegen einer Schuld des A erfolgten gerichtlichen Pfändung des in seinem Besitze getroffenen Claviers trat seine Gattin gegen den Executionsführer mit einer Exscindirungsklage auf, worin sie das in Pfändung gezogene Clavier als ihr Eigenthum bezeichnete und sich zum Beweise dafür auf den vorgelegten Heiratsvertrag, laut welchem ihr ein Clavier als Ausstattung gegeben wurde, berief. Obwohl die Klage die Einleitung des summarischen Verfahrens begehrte, wurde Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. angeordnet. Bei derselben erbot sich Klägerin in der Replik, ihr Eigenthum an der gepfändeten Sache mittelst Zeugen zu erweisen. — Beide Untergerichte haben diesen Beweis zugelassen, mit Berufung auf lit b des Hofdecretes vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620. — In der dagegen ergriffenen a. o. Revisionsbeschwerde bemerkte der Beklagte, daß, wenn die citirte Gesetzesstelle dem Kläger gestattet, im münd-

lichen Verfahren in der ersten Rede auch solche Umstände und Behelfe vorzulegen, die in der Klage, auf welche das mündliche Verfahren eingeleitet wurde, nicht vorgekommen sind, unter dieser ersten Rede nicht die Replik, sondern die bei der angeordneten Tagsatzung vor der Einrede als Klagsergänzung vorgebrachte Rede des Klägers zu verstehen sei, und daß außerdem das citirte Hofdecret, als zu dem §. 20 a. G. O. erlassen, nur auf den — hier nicht vorhandenen — Fall Anwendung finden könne, wo die Streittheile ohne Vertretung eines Rechtsfreundes vor Gericht erscheinen.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Revisionsbeschwerde. Gründe: Die Behauptung, daß die Klägerin in der Replik die Zeugen nicht mehr beibringen durfte, behebt sich schon durch die einfache Betrachtung, daß die Klage auf das summarische Verfahren berechnet war, während das mündliche gepflogen wurde, folglich ihr in der Replik die Beibringung von Neuerungen gestattet werden mußte, um so mehr, als es ihr auch in dem Falle gestattet gewesen wäre, wenn sie ursprünglich auf das mündliche Verfahren angetragen hätte. (Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, Nr. 620 b.)

Nr. 4634.

Berechtigung des Miethers zum Rücktritt wegen Störung durch eine andere Miethpartei.

Entsch. v. 13. Juni 1872, Nr. 3583 (Best. des Urth. des B. G. Josefstadt in Wien v. 27. Sept. 1871, Nr. 6513, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 22. Februar 1872, Nr. 926). G. H. 1872, S. 343.

Nachdem die B einen Theil ihres Landhauses dem A für die Sommerszeit 1870 — bis 15. October — unter Einräumung der Benützung des Gartens um 90 fl. vermiethet hatte, nahm sie eine zweite Miethpartei auf. Die Letztere brachte eine irrsinnige Frauensperson mit sich in das Haus, die in ihren Wahnsinnsanfällen durch Schreien, Toben, grobe Unanständigkeiten u. s. w. dem A die Benützung seiner Wohnung unmöglich machte und Ende August ihn nöthigte, dieselbe zu verlassen. Er hielt sich für berechtigt, von dem Miethvertrage zurückzutreten, und belangte die A wegen Zurückgabe des auf den Rest der Miethzeit fallenden Theiles des von ihm vorausgezahlten Miethgeldes. — Das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen: Als die Beklagte die zweite Miethpartei aufnahm, hatte sie keine Kenntniß von dem Zustande der Person, deren Irrsinn die Störung des Klägers in dem Genusse seiner Wohnung herbeiführte. Für diese von einer dritten Person verursachte Störung ist sie selbst nach §. 1096 a. b. G. B. dem Kläger nicht verantwortlich. Da somit

ein Verſchulden der Beklagten nicht vorliegt und die Störung des Klägers einen geſetzlichen Grund zur Auflöſung des Vertrages nicht bildet, ſo iſt ſein darauf geſtütztes Begehren unſtatthaft.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der erſten Inſtanz. Gründe: Nach §. 1096 a. b. G. B. haftete die B als Vermietherin dem A dafür, daß er, ſo weit es an ihr gelegen, in dem Genuſſe der gemietheten Wohnung und des Gartens nicht geſtört werde. Das Benehmen der Partei, die nach dem Abſchluß des Miethvertrages mit A von der B in das Haus genommen wurde, war nun ſo beſchaffen, daß A und ſeine Familie die Wohnung nicht mit jener Ruhe genießen konnten, deren Möglichkeit von A bei der Eingehung des Vertrages vorausgeſetzt war und daher als bedungen anzuſehen iſt. Ob die B den Zuſtand der wahnſinnigen Partei, als ſie dieſelbe aufnahm, gekannt habe, iſt gleichgiltig, weil — wenn ſie ihn nicht kannte — der Zufall ſie und nicht den A trifft. Es kommt auch darauf nicht an, ob die B in der Lage geweſen wäre, die Irrſinnige aus dem Hauſe zu entfernen; denn war ſie hiezu nicht vermögend, ſo trifft auch dieſer Zufall nur ſie und entband ſie nicht der Verpflichtung, jede Störung des A in dem Genuſſe der Wohnung durch die ſpäter aufgenommene Partei hintanzuhalten. Wenn daher die B die Urſache der Störung nicht zu beſeitigen vermochte, muß ſie ſich den Rücktritt des A von dem Miethvertrage gefallen laſſen und den dem Reſte der Miethzeit entſprechenden Theil des Miethzinſes ihm zurückſtellen.

Nr. 4635.

Unanwendbarkeit der für Handelsſtreitſachen vorgeſchriebenen Friſten auf Exſcindirungsproceſſe.

Entſch. v. 13. Juni 1872, Nr. 5848 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des K. G. Reichenberg v. 6. April 1872, Nr. 2848 und des O. L. G. Prag v. 29. April 1872, Nr. 13181). Jur. Bl. 1872, Nr 19.

In dem beim K. G. in Reichenberg als H. G. geführten Proceſſe des A gegen B peto. Exſcindirung von Sachen aus der von dem Beklagten gegen C geführten Mobilienexecution wurde von beiden Untergerichten das ſogenannte Mercantilpatent vom 9. April 1782, J. G. S. Nr. 41, zur Anwendung gebracht und die Appellation des Klägers gegen das erſtgerichtliche Urtheil als verſpätet abgewieſen, weil ſie erſt nach Verlauf der in §. 9 des citirten Patentes feſtgeſetzten achttägigen Friſt angebracht worden war.

In Erwägung, daß die in den §§. 4 und 9 des citirten Patentes enthaltene Feſtſetzung kürzerer Fallfriſten nur für Mercantil-, Handels- und Wechſelgeſchäfte, und nicht ſchon deshalb zu gelten hat, weil die Streitſache bei einem zugleich mit der Gerichtsbarkeit in

Handels- und Wechſelſachen betrauten Gerichte anhängig gemacht wurde, und daß die in Rede ſtehende Angelegenheit, nämlich das Klagerecht auf Ausſcheidung gepfändeter Effecten keine Handelsſache iſt, — hat der oberſte Gerichtshof verordnet, daß die innerhalb der 14tägigen Friſt der a. G. O. angebrachte Appellation des Klägers als rechtzeitig überreicht behandelt werde.

Nr. 4636.

Verpflichtung des unehelichen Vaters zur Beſtreitung der Koſten der Beerdigung des Kindes. — Aenderung des Klagebegehrens wegen Aenderung des Sachverhaltes während des Proceſſes.

Entſch. v. 19. Juni 1872, Nr. 4482 (Beſt. des das Urth. des L. G. Wien v. 12. Mai 1871, Nr. 17386, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 6. Dec. 1871, Nr. 22220). Jur. Bl. 1872, Nr. 31.

Die Vormundſchaft des unehelichen Kindes A belangte den B mit der Paternitätsklage, indem ſie um das Erkenntniß bat, daß B für den Vater des Kindes zu halten und ſchuldig ſei, die Alimente für dasſelbe vom Klagetage bis zur Großjährigkeit des Kindes zu zahlen. Der Proceß wurde ſchriftlich geführt und erſt in der Duplik leugnete B den Beiſchlaf mit der Mutter des A während der kritiſchen Zeit, worauf das Begehren um Anerkennung der Paternität gegründet war. Im Laufe des Proceſſes ſtarb A und nun wurde in der Schlußſchrift die Klagebitte geändert, nämlich darauf geſtellt, daß B für den Vater des Kindes zu halten und ſchuldig ſei, die Alimente vom Tage der Klage bis zum Todestage des Kindes und außerdem die Koſten der Krankheit und der Beerdigung desſelben zu zahlen. — Beide Untergerichte verurtheilten den B zur Zahlung der Alimente. Die erſte Inſtanz abſolvirte ihn aber von der Zahlung der Krankheits- und Beerdigungskoſten, weil das auf den Erſatz dieſer Koſten geſtellte Begehren eine in Folge des Widerſpruches des Beklagten unzuläſſige Erweiterung und, davon auch abgeſehen, die Verpflichtung des Beklagten auf die Zahlung der Alimente beſchränkt iſt. — Von dem O. L. G. wurde der Anſpruch auf Erſatz der Krankheitskoſten ebenfalls abgewieſen, dagegen dem Begehren um Erſatz der Beerdigungskoſten ſtattgegeben, weil die erſteren Koſten aus den Alimenten zu beſtreiten ſind, der Erſatz der Beerdigungskoſten aber dem Vater obliegt, deſſen Pflicht es iſt, ſein Kind zu Grabe zu bringen, und in dem darauf geſtellten Anſpruche eine Erweiterung des Klagebegehrens nicht gefunden werden kann, nachdem die Erfüllung der Vaterpflichten in Gemäßheit des §. 166 a. b. G. B. von dem B ſchon in der Klageſchrift gefordert worden iſt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die obergerichtliche Entſcheidung in Betreff der Leichenkoſten in Erwägung, daß dieſelben zu den nach §. 167 a. b. G. B. zunächſt den Vater treffenden Bedürfniſſen des Kindes gehören, daher in dem nachträglichen Begehren um Erſatz dieſer erſt während des Proceſſes aufgelaufenen Koſten eine unzuläſſige Erweiterung der Klagebitte nicht gefunden werden kann.

Nr. 4637.

Zeitliche Colliſion der Geſetze: Zuläſſigkeit des a. o. Reviſionsrecurſes gegen einen in erſter Inſtanz vor der Wirkſamkeit des Grundbuchsgeſetzes erlaſſenen Grundbuchsbeſcheid.

Entſch. v. 19. Juni 1872, Nr. 6291 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 9. Februar 1872, Nr. 6079 und des O. L. G. Wien v. 2. April 1872, Nr. 6211). Jur. Bl. 1872, Nr. 19.

Der Recurs des Pränotaten B gegen die gleichförmigen, das Pränotationsgeſuch des A bewilligenden Verordnungen der erſten und zweiten Inſtanz, von welchen die erſtgerichtliche vor, und die obergerichtliche nach dem Eintritt der Wirkſamkeit des allgemeinen Grundbuchsgeſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, ergangen war, hat der oberſte Gerichtshof ohne Berückſichtigung des §. 130 des citirten Geſetzes als zuläſſig behandelt, indem er, dem Recurſe ſtattgebend, das Pränotationsgeſuch des A abwies.

Nr. 4638.

Berechtigung des Schuldners zur Vorenthaltung der Zahlung bis zur Ausſtellung einer löſchungsfähigen Quittung?

Entſch. v. 20. Juni 1872, Nr. 3612 (Beſt. des das Urth. des L. G. St. Pölten v. 3. Oct. 1871, Nr. 1945, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 31. Jänner 1872, Nr. 26008). G. Z. 1872, Nr. 102.

Joſef und Thereſe A hatten ſich in dem am 11. April 1870 mit den Gläubigern des Erſteren geſchloſſenen Ausgleiche verpflichtet, die reducirte Forderung des M in Raten zu zahlen, von denen die erſte per 79 fl. 35 kr. am 1. Juni 1870 fällig wurde. M ſtarb und ſein Nachlaß wurde von dem H. G. in Wien als Abhandlungsbehörde am 4. October 1870 der B eingeantwortet, die gegen Joſef und Thereſe A wegen der erwähnten 79 fl. 35 kr. die Mobilienpfändung erwirkte. Nun forderten die Letzteren mit Klage vom 3. October 1871 gegen die B die Siſtirung und Aufhebung der Execution, indem ſie anführten, daß ſie zur Zahlung der auf ihren Grund-

ſtücken ſichergeſtellten 79 fl. 35 kr. bereit waren, daß aber die B die intabulationsfähige Quittung nicht beibrachte. — Mit Urtheil des Gerichtes erſter Inſtanz wurde dem Klagebegehren ſtattgegeben. — Das O. L. G. erkannte auf Abweiſung der Kläger.

Der oberſte Gerichtshof hat das obergerichtliche Urtheil beſtätigt. Gründe: Laut der am 11. April 1870 ausgefertigten Vergleichsurkunde haben die Kläger ſich zur ungetheilten Hand verpflichtet, den Gläubigern des fallirten Joſef A ihre liquidirten Forderungen mit 60% zu begleichen und zwar 20% nach Rechtskraft des Ausgleiches und die übrigen 40% längſtens in zwei Jahren. Unter den liquidirten Forderungen befand ſich auch jene des verſtorbenen M mit 396 fl. 79 kr. und war die erſte zu zahlende Rate pr. 79 fl. 35 kr., wie aus dem Schreiben des von den Klägern als ihr Bevollmächtigter bezeichneten Notars C hervorgeht, bereits am 1. Juni 1870 fällig. In dieſem Schreiben verlangte letzterer bei dem Umſtande, als die Forderung der ſämmtlichen Gläubiger rückſichtlich der 60% auf der Realität der Kläger ſichergeſtellt worden iſt, von Dr. D als Bevollmächtigten der M'ſchen Erben die Einſendung einer intabulationsfähigen Quittung, damit er den Geldbetrag ſogleich effectuiren könne. Die verlangte Quittung wurde auch überſendet und auf die Legitimation des H. G. als Verlaſſenſchaftsabhandlungsbehörde vom 18. December 1869 Bezug genommen. Allein der Notar C fand dieſe nur auf Geldempfang und Vergleichsſchließung lautende Legitimation nicht genügend und erklärte, daß die intabulationsfähige Quittung von dem H. G. zu genehmigen ſei, worauf er die Rate ungeſäumt einſenden werde. Hierauf erwiderte Dr. D am 20. Juli 1870, daß der M'ſche Verlaßact ſich beim Centraltaxamt befinde, daher die gewünſchte Genehmigung der Quittung vorläufig nicht beigebracht werden könne, daß aber, ſobald der Act an das H. G. zurückgelangt ſein wird, er eine zur grundbücherlichen Löſchung geeignete Quittung dem Notar C übermitteln werde. Aus dieſer Correſpondenz folgern die Kläger, daß ein Uebereinkommen zu Stande gekommen ſei, kraft deſſen die Execution wegen der erwähnten Theilforderung pr. 79 fl. 35 kr. vor Einſendung der verſprochenen intabulationsfähigen Quittung nicht ſtatthaben konnte. Allein eine Verzichtleiſtung auf das Recht der Executionsführung bei nicht erfolgter Zahlung kann aus der obigen Correſpondenz nicht abgeleitet werden. Der Zahler iſt zwar nach §. 1426 a. b. G. B. berechtigt, von dem Befriedigten eine Quittung zu verlangen und wurde dieſes Recht im vorliegenden Falle auch ausdrücklich anerkannt. Wenn jedoch die vom Geſetze dem Gläubiger auferlegte und hier insbeſondere übernommene Verpflichtung zur Ausſtellung der Quittung nicht erfüllt wird, ſteht dem Schuldner nach §. 1425 a. b. G. B. bevor, den Schuldbetrag bei Gericht zu erlegen. Nur in dieſem Falle wird der Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit befreit und kann die Execution gegen ihn nicht

mehr geführt werden. Ueberdies ist hier nach dem oben erwähnten Briefwechsel eine wesentliche Aenderung eingetreten. Der Nachlaß des M wurde nämlich am 4. October 1870 der Beklagten an Zahlungsstatt für die Uebernahme der Nachlaßschulden eingeantwortet, und die grundbücherliche Uebertragung der Forderung, um die es sich handelt, an sie bereits am 13. December 1870 vollzogen. Sie stellt in Abrede und es ist auch nicht erwiesen, daß Dr. D ihr Bevollmächtigter gewesen, und daher das von ihm abgegebene Versprechen der Uebersendung einer intabulationsfähigen Quittung auch für sie, welcher der Nachlaß nur jure crediti eingeantwortet wurde, von Wirkung sei. Die von dem Notar C im Namen der M'schen Erben verlangte abhandlungsgerichtliche Genehmigung der Quittung konnte nicht mehr ertheilt werden, weil mit der Einantwortung die Functionen der Abhandlungsbehörde beendigt waren. Die Zahlung war unmittelbar an die Geklagte gegen ihre Quittung zu leisten und hätte sie die Ausstellung einer intabulationsfähigen Quittung verweigert, so wäre die Zahlung auf die im §. 1425 a. b. G. B. angegebene Art zu bewirken gewesen. Die Kläger können sich auch mit Unkenntniß der geänderten Sachlage nicht entschuldigen, indem sie mit dem Schreiben des Dr. E, des ausgewiesenen Vertreters der Geklagten, vom 26. November 1870 verständigt wurden, daß die Einantwortung des Nachlasses an die Geklagte erfolgt ist und um die Umschreibung der bezüglichen Satzpost bereits eingeschritten wurde. Sie hat nun die in Aussicht gestellte Execution am 20. December 1870 angesucht und da die Kläger erst am 24. Jänner 1871 den geschuldeten Betrag per 79 fl. 35 kr. bei Gericht erlegt haben, so konnte dieser verspätete Erlag offenbar die Aufhebung der bereits mit Bescheid vom 22. December 1870 bewilligten Execution nicht bewirken. Es mußte demnach das obergerichtliche Urtheil bestätigt werden.

Nr. 4639.

Vermächtniß des „im Depositenamte hinterlegten Geldes".

Entsch. v. 25. Juni 1872, Nr. 5562 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Tarnow v. 22. Dec. 1870, Nr. 17195 und des O. L. G. Krakau v. 29. Sept. 1871, Nr. 8002). Jur. Bl. 1872, Nr. 27.

M vermachte in seinem Codicille dem C „das Geld, welches in dem gerichtlichen Depositenamte zu Neusandez erliegt". Bei seinem Tode fanden sich in diesem Depositum Grundentlastungsobligationen im Betrage von 11.000 fl., wovon Antheile dem M gebührten, nebst den Coupons und eine Barschaft von 81 fl. Für eine Forderung des B gegen C von 800 fl. wurde dem Ersteren das Pfandrecht an den dem C als Vermächtnißnehmer angefallenen Antheilen der er-

wähnten Grundentlastungsobligationen bewilligt und in dem Depositenbuche angemerkt. Nun traten die A, denen die Verlassenschaft des M mit Aufrechthaltung des Codicills als seinen gesetzlichen Erben eingeantwortet worden war, gegen B klagend auf und begehrten, daß sein Pfandrecht an den Grundentlastungsobligationen für unwirksam erklärt werde, weil das Geldlegat des C nach dem gewöhnlichen und auch von dem Gesetze angedeuteten Sinne des Wortes „Geld" sich nur auf Bargeld und dasselbe im Verkehr vertretende öffentliche Creditspapiere, nicht auch auf öffentliche Schuldscheine oder Obligationen zu beziehen sei. Der Beklagte behauptete das Gegentheil. — Beide Untergerichte erkannten nach dem Klagebegehren.

Von dem obersten Gerichtshofe wurden die Kläger abgewiesen. Gründe: M erklärte in seinem Codicille ausdrücklich den Willen, über das nach dem Tode seiner Eltern ihm angefallene Vermögen zu verfügen und verfügte sodann in dem ersten Absatze über die auf den Gütern X pfandrechtlich sichergestellten Capitalien, in dem zweiten Absatze über das in dem gerichtlichen Depositenamte zu Neusandez befindliche Geld; in dem dritten und vierten Absatze onerirte er die Legatare der erwähnten (erster Absatz) Capitalien mit einem Vermächtnisse von 500 fl. für das Kloster Y und mit der Zahlung seiner besonders verzeichneten Schulden. Zur Zeit der Errichtung des Codicills war in dem Depositenamte zu Neusandez außer den in Rede stehenden Grundentlastungsobligationen nur noch ein unbedeutender, von der Einzahlung der Zinsen eines Darlehens herrührender Barbetrag hinterlegt. Erwägt man nun, daß M in dem Codicille das in dem genannten Depositenamte befindliche Geld offenbar als einen Bestandtheil seines Vermögens behandelte, über welches er verfügen wollte, daher er das gerichtlich deponirte Capital vor Augen haben mußte; daß für die Annahme, als hätte er nur von dem deponirten Zinsenbetrage, nicht auch von dem Depositum des Capitals in Grundentlastungspapieren Kenntniß gehabt, kein Anhaltspunkt vorliegt, um so weniger, als nach dem vorgelegten Depositenauszuge in dem Depositum zu Neusandez durch beinahe drei Jahre zwar (außer anderen Gegenständen) Grundentlastungsobligationen lagen, Bargeld aber nicht vorhanden war, — ließe es sich mit der erklärten Absicht des M nicht vereinigen, wenn man seine Verfügung über das in dem Depositenamte befindliche Geld auf die Barschaft (§. 680 a. b. G. B.) beschränken und annehmen wollte, daß er nur über den geringen Zinsenbetrag eine specielle Anordnung getroffen, dagegen ein bedeutendes Capital in Grundentlastungspapieren unerwähnt gelassen habe. Es ließe sich bei dieser beschränkenden Auslegung seiner Verfügung auch nicht erklären, warum M, obgleich er über ein erhebliches Capital in Grundentlastungsobligationen noch hätte disponiren können, die Zahlung des Legates von 500 fl. an das Kloster Y und die Berichtigung seiner Schulden den mit den Pfandcapitalien bedachten Legataren auf-

erlegte. Endlich ist auch nicht anzunehmen, daß M dem C, seinem Oheim, gegen den er sich erkenntlich zu erweisen einen besonderen Grund gehabt haben mußte, ein nur unbedeutendes Legat habe zuwenden wollen. — Nach dem Gesagten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß M in seiner Verfügung den Ausdruck „Geld" nicht in dem engen, auf die Barschaft beschränkten, sondern in einem weiteren Sinne gebraucht und damit auch die durch die Grundentlastungsobligationen repräsentirte Geldsumme gemeint habe, so wie er dasselbe Wort auch in dem dritten Absatze des Codicills zur Bezeichnung einer Geldsumme gebrauchte, indem er zur Anordnung des Vermächtnisses der 500 fl. für das Kloster Y den Zusatz machte, daß „dieses Geld" von seinen Geschwistern zur Hälfte zu berichtigen sei. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, daß öffentliche Schuldscheine, denen die Grundentlastungsschuldverschreibungen gleich gestellt sind (§. 20 des kaiserl. Patentes vom 29. October 1853, R. G. Bl. Nr. 236), den Gegenstand von Gelddarleihen (§. 985 a. b. G. B.) bilden, also gleichfalls unter den allgemeinen Begriff des Geldes fallen können. Demnach ist die Behauptung der Kläger, daß in dem Vermächtnisse des C die deponirten Grundentlastungsobligationen, resp. die dem M davon gebührenden Antheile nicht enthalten seien, nicht begründet und mußte das darauf gestützte Begehren derselben, daß das dem Beklagten daran bewilligte Pfandrecht für unwirksam erklärt werde und in dem Depositenbuche zu löschen sei, abgewiesen werden.

Nr. 4640.

Auftragung des Haupteides an den Gemeinschuldner in Processen gegen die Concursmasse.

Entsch. v. 26. Juni 1872, Nr. 6268 (Best. des das Urth. des L. G. Klagenfurt v. 7. Nov. 1871, Nr. 5319, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 4. März 1872, Nr. 897). G. H. 1872, S. 434.

In dem unter der Herrschaft der C. O. vom 25. December 1868 über das Vermögen des C eröffneten Concurse wurde bei der allgemeinen Liquidirungstagfahrt die auf eine Waarenlieferung gegründete Forderung des Gläubigers A bestritten, worauf dieser die Forderung in besonderem Processe geltend machte, und da von dem Concursmasseverwalter die Lieferung der Waaren geleugnet wurde, dem Cridar darüber den unrückschiebbaren Haupteid auftrug. — Das Gericht erster Instanz erklärte aus den nachstehenden Gründen die Delation des Eides an den Cridar für unzulässig und wies die mit anderen Beweismitteln nicht unterstützte Klage ab. Da die Klage nur dem Concursmasseverwalter und nicht dem Cridar zur Einrede zugestellt wurde, erscheint der Letztere nicht als Proceßpartei; es kann daher, da auch

eine Vertretungsleiſtung nicht ſtattfand, auf den von ihm abzulegenden Haupteid nicht erkannt werden. Das Hofdecret vom 19. April 1841, J. G. S. Nr. 518 (Zuläſſigkeit der Auftragung des Haupteides an den Cridar u. ſ. w.), kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil es vorausſetzt, daß der Cridar Streittheil ſei, die Functionen des Concursmaſſeverwalters nach der neuen C. O. jenen des Concursmaſſevertreters nach der früheren C. O. nicht analog und ſeine Stellung und Aufgabe eine andere iſt, und weil durch Art. I des Einführungsgeſetzes zur neuen C. O. alle bisherigen Geſetze und Verordnungen über Gegenſtände derſelben, ſoweit ſie durch das neue Geſetz geregelt ſind, außer Kraft geſetzt wurden, gemäß §. 6 der neuen C. O. aber Rechtsſachen, welche die Geltendmachung oder Sicherſtellung von Anſprüchen auf das Concursvermögen bezwecken, nach der Concurseröffnung gegen den Gemeinſchuldner weder anhängig gemacht, noch fortgeſetzt werden können. — Das O. L. G. erkannte auf den Haupteid des Cridars mit folgender Begründung: Die Zuläſſigkeit des Eides iſt dadurch, daß der Cridar an dem Proceſſe ſelbſt nicht theilgenommen hat, nicht ausgeſchloſſen. Nach §. 131 der C. O. vom 25. December 1868 ſind die beſonderen Proceſſe der Gläubiger, deren Forderungen bei der Liquidirungstagfahrt ſtreitig blieben, nach den Vorſchriften über das ordentliche Verfahren zu verhandeln und zu entſcheiden. Die C. O. hat daher an den Vorſchriften der Gerichtsordnung und ſpäterer Geſetze über die Zuläſſigkeit der Beweismittel nichts geändert. Mithin iſt die Vorſchrift des Hofdecretes vom 19. April 1841, J. G. S. Nr. 518, nicht aufgehoben und hat in dem vorliegenden Falle zur Anwendung kommen, weil die Thatſache, worüber der Haupteid dem Cridar aufgetragen wurde, für den Proceß entſcheidend iſt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das obergerichtliche Urtheil aus deſſen Gründen.

Nr. 4641.

Unzuläſſigkeit der Beweisführung pro vitando perjurio gegenüber einem vertragsmäßigen Eide.

Entſch. v. 26. Juni 1872, Nr. 6377 (Beſt. des das Decr. des B. G. Welwarn v. 9. April 1872, Nr. 1792, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 22. April 1872, Nr. 12683). G. H. 1872, S. 411.

Nachdem in dem ſummariſch verhandelten Proceſſe des A gegen B die Parteien ſich auf einen von B zu leiſtenden Eid verglichen hatten und die Tagfahrt zur Ablegung dieſes Eides angeordnet worden war, begehrte A, daß er zur Führung des Gegenbeweiſes durch Zeugen pro vitando perjurio zugelaſſen und die Abnahme des Eides aufge-

ſchoben werde. — Sein Geſuch, auf welches das Gericht erſter Inſtanz eine Tagfahrt zur Anhörung der Parteien anberaumte, wurde von dem O. L. G. abgewieſen, weil das im §. 231 a. G. O. und in dem Hofdcr. vom 30. October 1788, J. G. S. Nr. 911, eingeräumte Recht der Beweisführung pro vitando perjurio nach dem Wortlaute des citirten Hofdecretes der Partei nur bei jenen Eiden zuſteht, auf welche durch Urtheil erkannt worden iſt und im vorliegenden Falle dem Begehren des A auch der §. 38 des Geſetzes über den ſummariſchen Proceß entgegenſteht, welcher die Gewiſſensvertretung und Gegenbeweis nach (hier durch den Vergleich) geſchloſſenem Verfahren für unſtatthaft erklärt.

Auf den Recurs des A, in welchem ausgeführt wurde, daß der §. 231 a. G. O. in ſeiner allgemeinen Faſſung nicht blos für urtheilsmäßige Eide gelte, daß auch das Hofdcr. v. 30. October 1788, J. G. S. Nr. 911, den Vergleichseid nicht ausgenommen habe, bei dem dieſelbe ratio legis eintrete, daß der §. 38 des Geſetzes über den ſummariſchen Proceß ſich nur auf das Stadium der Verhandlung beziehe, wenn aber die Antretung des Eides *nach* dem Schluſſe derſelben erfolgt, das im §. 231 a. G. O. bezeichnete Verfahren auch erſt nachher eintreten könne, hat der oberſte Gerichtshof die Entſcheidung des O. L. G. mit Bezugnahme auf die Gründe derſelben und mit der Bemerkung beſtätigt, daß das Geſuch des Recurrenten nur ſein einſeitiges Abgehen von einem zweiſeitig verbindlichen Vertrage bezielt, zur Verfolgung einer ſolchen Intention aber das im §. 231 a. G. O. und im Hofdcr. v. 30. October 1788, J. G. S. Nr. 911, normirte Verfahren nicht zu dienen hat.

Nr. 4642.

Vertragsmäßige Uebernahme ſämmtlicher Grundlaſten durch den Käufer eines Grundſtückes: Anſpruch desſelben auf Erſatz für die Bezahlung rückſtändiger Renten?

Entſch. v. 26. Juni 1872, Nr. 6386 (Beſt. des das Urth. des L. G. Krakau v. 6. Juni 1871, Nr. 7956, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 17. Jänner 1872, Nr. 18041). G. Z. 1873, Nr. 19.

B verkaufte das Gut X dem A unter der Bedingung, daß der Käufer alle Grundlaſten, Aerarialſteuern und die Hypothekarſchulden, darunter auch das Zehent-Ablöſungscapital pr. 1600 fl. übernimmt. Nachmals ſtellte ſich heraus, daß nicht nur das Zehent-Reluitionscapital pr. 1600 fl., ſondern auch die davon ſeit 1850 bis 1855 ausſtändigen Renten auf dem Gute X hafteten. Nachdem die politiſchen Behörden dieſen Rentenrückſtand von A im Executionswege eingetrieben hatten, begehrte er mittelſt Klage den Erſatz von B. —

Das Gericht erſter Inſtanz hat das Begehren abgewieſen, weil A in dem Kaufvertrage ſämmtliche Grundlaſten des Gutes X auf ſich genommen habe und die rückſtändigen Renten vom Zehent-Reluitionscapitale, in Gemäßheit der Miniſt.-Verordn. vom 19. Mai 1856, R. G. Bl. Nr. 83, zu den Grundlaſten gezählt werden müſſen. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das obergerichtliche Urtheil. Gründe: In dem Kaufvertrage, mit welchem A das Gut X an ſich brachte, hat er die Verpflichtung, den fraglichen Rentenausſtand in Vertretung des Verkäufers zu berichtigen, nicht auf ſich genommen; denn in dem Abſatze 2, wo von der Uebernahme der durch den Verkäufer zu berichtigenden Hypothekarlaſten die Rede iſt, wird blos das Zehent-Ablöſungscapital pr. 1600 fl. erwähnt, nicht aber auch die ausſtändigen Renten, was doch an dieſem Platze hätte geſchehen müſſen, da die rückſtändigen Renten mit dem Ablöſungscapitale in einer unmittelbaren Verbindung ſtehen. Es kann daher nur angenommen werden, daß Kläger blos die Verpflichtung zur Zahlung des Zehent-Ablöſungscapitales, nicht aber auch der Rente für die Zeit des Beſitzes des B übernommen habe. Der Beklagte beruft ſich auf den Abſatz 10 des Vertrages, worin der Kläger alle Grundlaſten und Aerarialſteuern übernahm, indem unter den erſteren auch die ausſtändigen Renten nach der Miniſt.-Verordn. vom 19. Mai 1856 begriffen ſeien. Allein dieſer Einwendung kann gar kein Gewicht beigelegt werden, indem der Abſatz 10 des Vertrages die Verpflichtung zur Uebernahme der Renten nicht erwähnt und die Gleichſtellung der Rentenzahlung mit den Grundlaſten nur den Sinn haben kann, daß der jeweilige Beſitzer zur Zahlung der laufenden Rente verpflichtet bleibt, wodurch die Verpflichtung zur Zahlung der rückſtändigen Rente keine Aenderung erleidet, indem für dieſe der frühere Eigenthümer gegenüber dem neuen Beſitzer, inſoferne dieſer den Rentenausſtand berichtigt hat, auf Grund des §. 1042 a. b. G. B. in Haftung bleibt, da letzterer einen dem Verkäufer geſetzlich obliegenden Aufwand gemacht hat. Da in dieſem Paragraphe das Rückforderungsrecht des A gegründet iſt, ſo kann hier auch nicht von einer Evictionsleiſtung und deren angeblicher Verjährung die Rede ſein.

Nr. 4643.

Mobilarexecution: Nichtberechtigung des Executionsführers zur Uebernahme der gepfändeten Sache in ſeine Verwahrung.

Entſch. v. 26. Juni 1872, Nr. 6439 (Beſt. des das Decr. des H. G. Prag v. 29. Jänner 1872, Nr. 4003, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 15. April 1872, Nr. 11765). G. H. 1872, S. 415.

Das Geſuch der Firma A um Transferirung der auf ihr Anlangen gepfändeten, bei C in X verwahrten Mobilien ihres Schuld-

ners B nach Y in das Magazin der Firma war damit begründet, daß dadurch die Lagerkoſten bei C erſpart würden und daß die Sachen bei dem Letzteren dem Verderben ausgeſetzt ſeien.

Das in erſter Inſtanz bewilligte Geſuch wurde von dem oberſten Gerichtshofe in Uebereinſtimmung mit der zweiten Inſtanz aus folgenden Gründen abgewieſen: Nach dem §. 343 a. G. O. und dem Hofdcr. v. 25. Jänner 1823, J. G. S. Nr. 1921, iſt es allerdings zuläſſig, die gepfändeten Sachen des Schuldners einem Dritten oder dem Gerichte in Verwahrung zu geben. Dieſes, die Dispoſition des Schuldners über ſein Eigenthum beſchränkende Recht des Executionsführers darf aber nicht dahin ausgedehnt werden, daß dieſer ſelbſt die Effecten ſoll in Verwahrung nehmen können. Die Beſtimmung der Reſolution v. 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. ff, aber findet, als Ausnahmebeſtimmung, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung per analogiam.

Nr. 4644.

Ergänzung des Grundbuches durch Eintragung neuer Grundſtücke: Aufeinanderfolge der verſchiedenen Amtshandlungen.

Entſch. v. 26. Juni 1872, Nr. 6499 (Beſt. des Decr. des O. L. G. Prag v. 30. April 1872, Nr. 13834). Zeitſchr. für das Notariat 1873, Nr. 45.

Das bei dem O. L. G. angebrachte Geſuch der Gemeinde A um Einleitung des Verfahrens zur Richtigſtellung des Grundbuches durch deſſen Ergänzung mittelſt des Eintrages der noch in keinem Grundbuche eingetragenen Liegenſchaft X (§. 1 lit. b und §§. 2 und 20 des Geſetzes v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 96) wurde zurückgewieſen, weil nach §. 3 des citirten Geſetzes dem Richtigſtellungsverfahren die Verfaſſung des Entwurfes der erſten Bucheinlage vorangehen muß, um die bei dem Gerichte, deſſen Grundbuch ergänzt werden ſoll, anzuſuchen iſt.

Auf den Recurs der Gemeinde beſtätigte der oberſte Gerichtshof die obergerichtliche Verordnung. Gründe: Das bei der Ergänzung des Grundbuches durch Eintragung einer noch in keinem Grundbuche eingetragenen Liegenſchaft bisher beobachtete Verfahren hat nach der Erläuterung des Juſtiz-Miniſt. (an das mähr.-ſchleſ. O. L. G.) vom 4. October 1871, Nr. 11200, nur inſoferne eine Aenderung erfahren, als eine ſolche in dem Geſetze vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 96, enthalten iſt. Dieſes Geſetz hat aber nirgends ausgeſprochen, daß der Bewerber um die Ergänzung des Grundbuches durch Eröffnung eines neuen Grundbuchsfoliums für ſeine Liegenſchaft (was die Gemeinde A anſtrebt) ſein Geſuch, mit Uebergehung des Grundbuchsgerichtes, dem die Verfaſſung des Entwurfes der Einlagen, welche

dem Richtigſtellungsverfahren vorangehen muß, obliegt, unmittelbar bei dem O. L. G. anzubringen hat. Auch die Erläuterung des Juſtiz-Miniſt. (an das böhm. O. L. G.) v. 19. Decbr. 1871, Nr. 14224, erklärt, daß nach dem Wortlaute der §§. 1 und 3 des Geſetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 96, die Anlegung eines neuen Grundbuches ſo wie die Ergänzung eines Grundbuches durch Eröffnung einer neuen Grundbuchseinlage in zwei Kategorien von Amtshandlungen: Verfaſſung eines Entwurfes der Einlage — Einleitung des Richtigſtellungsverfahrens, zerfällt, und daß die Amtshandlungen der erſteren Art kein Gegenſtand des Geſetzes v. 25. Juli 1871, Nr. 96, ſind, welches mithin eine Aenderung des in dieſer Richtung bisher beobachteten Vorganges nicht herbeigeführt hat. — Amtshandlungen, die ſich auf die Verfaſſung von Grundbuchseinlagen beziehen, ſind daher mit dem Richtigſtellungsverfahren des §. 20 des Geſetzes v. 25. Juli 1871, Nr. 96, nicht zu identificiren, bilden keinen Gegenſtand desſelben und müſſen, da das Richtigſtellungsverfahren den vorgängigen Eintrag der bezüglichen Liegenſchaften vorausſetzt, bei dem Gerichte angeſucht werden, wo das betreffende Grundbuch geführt wird.

Nr. 4645.

Eidesdelation in Proceſſen gegen den Fiscus und gegen Gemeinden.

Entſch. v. 27. Juni 1872, Nr. 2246 (Beſt. des Urth. des L. G. Wien v. 23. Dec. 1870, Nr. 72447, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 14. Juni 1871, Nr. 6885). Jur. Bl. 1872, Nr. 32.

Nachdem die Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus und der Gemeinde von Wien wegen rückſtändiger Steuern die executive Pfändung der Mobilien des Schuldners erwirkt hatte, trat die A, Ehefrau des Letzteren, mit der Eigenthums- und Exſcindirungsklage auf und deferirte der Gegenpartei den rückſchiebbaren Haupteid zum Beweiſe ihrer Anführung, daß ſie die gepfändeten Mobilien mit ihrem Gelde gekauft habe. — Auf dieſen Eid erkannte das O. L. G.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das die Klage unbedingt abweiſende Urtheil der erſten Inſtanz und begründete in nachſtehender Weiſe die Ausſchließung des Haupteides: Wenn der Haupteid der Finanzprocuratur aufgetragen wurde, ſo war die Delation des Eides ſchon deshalb unſtatthaft, weil die Finanzprocuratur nicht im eigenen Namen den Proceß führt und der Eid nicht eine Handlung derſelben betrifft (§. 207 a. G. O.). Würde aber der Haupteid der eigentlichen Proceßpartei, d. i. dem Fiscus und der Gemeinde Wien, aufgetragen, ſo fehlt die Bezeichnung der phyſiſchen Perſon, die den Eid abzulegen hat, welche Bezeichnung durchaus nothwendig iſt, weil der

Eid nur von einer bestimmten physischen Person abgelegt werden kann und die Frage, ob der dafür bezeichneten Person die Leistung des Eides auferlegt werden könne, einen Gegenstand der Erörterung im Processe und der richterlichen Entscheidung zu bilden hat.

Nr. 4646.

Eigenthum des Miethers an Thüren und Oefen der Wohnung: Pertinenzqualität?

Entsch. v. 27. Juni 1872, Nr. 5354 (Best. des Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 22. Februar 1872, Nr. 1095, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 17. April 1872, Nr. 5629). G. H. 1872, S. 254.

In dem von A im Executionswege erworbenen Hause wohnte B zur Miethe und wurde von dem A auf Anerkennung seines Eigenthumsrechtes an einer bei der Miethwohnung angebrachten Gangthür und an zwei in derselben stehenden Oefen belangt. B vertheidigte sich mit der Anführung, daß er die Gangthür und einen Ofen seinem Vorgänger in der Miethe abkaufte und den zweiten Ofen selbst aufstellen ließ, und trug hierüber dem Kläger den Haupteid auf, den dieser dem B zurückschob. — Das Gericht erster Instanz sprach den B gegen Ableistung des Haupteides klagefrei. — Das O. L. G. verurtheilte ihn unbedingt nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Der Kläger als Eigenthümer des Hauses ist auch Eigenthümer der Pertinenz desselben, wozu nach §. 297 a. b. G. B. Thüren und eingemauerte Oefen zu rechnen sind. Die von dem Beklagten vorgebrachte Einwendung: die von A vindicirten Sachen der früheren Miethpartei abgelöst, resp. sonst gekauft zu haben, ist ohne Belang, weil nach §. 443 a. b. G. B. mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen, ohne besonderes Uebereinkommen, nur die in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten von dem Erwerber übernommen werden und andere Ansprüche gegen den vorigen Eigenthümer auf den neuen Erwerber passiv nicht übergehen, mithin B seine etwaigen Ansprüche nur gegen den früheren Eigenthümer des Hauses verfolgen kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Wenn B durch den in erster Instanz zugelassenen Haupteid beweist, daß er die vom Kläger vindicirten Sachen auf seine Kosten angeschafft hat, kann der Letztere zur Geltendmachung seines Eigenthumsanspruches sich nicht auf den §. 297 a. b. G. B. berufen, weil in diesem Falle die Voraussetzung der §§. 294 u. 297 a. b. G. B., daß nämlich die vindicirten Sachen mit dem Hause in fortdauernde Verbindung gebracht wurden und nach dem Willen des Eigenthümers immer dabei bleiben sollen, fehlt und nach den §§. 414 u. 415 ibid. das Eigenthum an einer Sache dadurch, daß sie mit der Sache eines Anderen in Verbindung gebracht wird, nicht ohne Weiteres verloren geht.

Nr. 4647.

Anwendbarkeit der österreichischen Rechtsvorschriften bei der Bestimmung des Modus der Vollstreckung einer im officiösen Verfahren ergangenen Verfügung preußischer Gerichte.

Entsch. v. 2. Juli 1872, Nr. 5836 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 1. März 1872, Nr. 11385, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 27. März 1872, Nr. 5473). G. H. 1872, S. 462.

Mit Resolut des königl. Stadt- und Kreisgerichtes in Danzig wurde auf die Provocation des in Preußen wohnhaften preußischen Staatsbürgers A gegen seine in Wien sich aufhaltende Gattin B entschieden, daß dem Provocanten das Recht der Erziehung an seinem Kinde C zuzusprechen und die Provocatin gehalten sei, dasselbe dem Provocanten zur Uebernahme in die eigene Erziehung herauszugeben. — Auf die Requisition der Executionscommission des genannten Gerichtes und das von A durch seinen Anwalt D bei dem L. G. in Wien überreichte Gesuch um Auftrag an den Amtsdiener zur Abnahme des Kindes unter Zuziehung des A oder seines genannten Machthabers, wurde zur Verhandlung der Parteien über die Exequirbarkeit preußischer Resolute im Verfahren außer Streitsachen und über die Reciprocitätsfrage Tagsatzung angeordnet (Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 31. October 1871, Nr. 13016, siehe Nr. 4289 der Sammlung) und in Erledigung derselben vor dem L. G. die executive Abnahme des Kindes in der von dem Gesuchsteller bezeichneten Weise verfügt. — Dagegen recurrirte die B an das O. L. G., welches den A mit seinem Executionsgesuche abwies.

Auf den Recurs des A bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Das Resolut des Danziger Gerichtes ist zwar von der competenten Behörde geschöpft und nach dem beigebrachten Reciprocitätsreverse im Allgemeinen innerhalb der Grenzen der Grundsätze der internationalen Reciprocitätsübung als hierlands executionsfähig zu betrachten. Was aber die Art der gerichtlichen Zwangsvollstreckung des besagten Resolutes betrifft, ist für das österreichische Gericht nicht eine auswärtige Executionsordnung maßgebend; sondern es hat sich dasselbe jene Vorschriften gegenwärtig zu halten, die für Angelegenheiten des Familienrechtes und der amtlichen Vorsorge für die unter dem besonderen Schutze der Gesetze stehenden minderjährigen Kinder, österreichischer oder fremder Staatsbürgerschaft, hierlands gelten und zwar nach Gestalt des Falles auch die Execution nach der Civilproceßordnung zulassen, allein dem Ermessen des Gerichtes anheimstellen, ob ohne weiteres von amtswegen und wie der Vollzug anzuordnen, und ob, wo noch ein besonderes Einschreiten vorausgesetzt wird, die begehrte Zwangsmaßregel statthaft sei; es obliegt ihm überhaupt, die Frage in Erwägung zu ziehen, ob die begehrte Amtshandlung auch den in

Oeſterreich geltenden Rechtsgrundſätzen entſpreche, indem einerſeits der öſterreichiſche Richter nur nach den Geſetzen ſeines Landes Amt handeln kann und andererſeits die preußiſchen Gerichte bei der Erledigung hierländiſcher Requiſitionen es eben ſo zu halten pflegen. Nun liegt vor, daß die B vor 5 Jahren beim Herankommen der rauheren Jahreszeit unter Zuſtimmung des A mit dem damals acht Monate alten Kinde ſich von Preußen nach Wien begeben hat. Ob ſie gegen den Willen des A zu einem längeren Aufenthalte in Wien berechtigt war, was ſie mit Berufung auf ein vor der Heirat mit ihm getroffenes Uebereinkommen behauptet, iſt hier nicht zu entſcheiden. Gewiß iſt, daß A ſein Kind ſeither nicht geſehen hat und für das nunmehr im ſechſten Lebensjahre ſtehende Kind eine ihm fremde Perſon geworden iſt, ſo wie andererſeits er ſelbſt zugibt, daß es bei ſeiner Mutter in dem Hauſe des Vaters der letzteren die ſorgſamſte Pflege und eine vollkommen entſprechende Erziehung genießt. Das Wohl des Kindes iſt aber vor Allem in das Auge zu faſſen. Dieſen Geſichtspunkt hat auch das preußiſche Gericht zu Danzig feſtgehalten, als es ein früheres Geſuch des A ablehnte, und wenn es hinterher in dem vorerwähnten Reſolute die Ueberführung des Kindes nach einem klimatiſch begünſtigten Ort (als welchen A Wiesbaden bezeichnete, wohin er das Kind bringen will, um es dort in einer Erziehungsanſtalt oder in einer Familie verpflegen zu laſſen) im Allgemeinen für zuläſſig und annehmbar erklärte, durfte man ſich hierlands mindeſtens der Betrachtung nicht verſchließen, daß die gewaltſame Wegnahme des Kindes durch einen Gerichtsabgeordneten, der es der Mutter entreißen und ihm unbekannten Perſonen: dem Vater oder ſeinem Bevollmächtigten, überliefern ſoll, eine Scene herbeiführen könnte, von der mit Rückſicht auf die gegebenen Verhältniſſe, auf die noch unvollkommene Entwicklung des fünfjährigen Kindes und auf die durch ärztliche Zeugniſſe feſtgeſtellte Schwäche ſeines Nervenſyſtems höchſt ſchädliche und nachhaltige Folgen für deſſen Geſundheit zu befürchten wären. Die Verantwortung der Gefahr ſolcher Folgen durfte das von der preußiſchen Behörde angegangene hierländiſche Gericht nicht auf ſich laden; es war daher berechtigt, die requirirte Zwangsvollſtreckung abzulehnen.

Nr. 4648.

Geſuch um Siſtirung der Execution wegen einer Exſcindirungsklage: Zuläſſigkeit desſelben auch bei thatſächlich ruhender Execution.

Entſch. v. 2. Juli 1872, Nr. 6764 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Olmütz v. 19. April 1872, Nr. 3709 und des O. L. G. Brünn v. 14. Mai 1872, Nr. 5282). Jur. Bl. 1872, Nr. 34.

Nachdem auf executives Einſchreiten des B bei ſeinem Schuldner C die Pfändung und Schätzung der Mobilien vollzogen worden war,

trat die A, Gattin des Letzteren, gegen B mit der Exſcindirungsklage auf und überreichte unter Einem das Geſuch um Suspenſion der weiteren Executionsſchritte. — Dieſes Geſuch wurde von beiden Untergerichten abgewieſen, weil außer der bereits vollzogenen Pfändung und Schätzung ein weiterer Executionsact weder angeſucht noch bewilligt worden iſt, mithin der Fall einer Siſtirung der Execution im Sinne des §. 3 des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, nicht vorliegt.

Der oberſte Gerichtshof bewilligte die Siſtirung der Execution gegen Caution der A und bemerkte, daß dieſelbe allerdings in dem Falle des §. 3 des citirten Hofdcr. ſich befindet, weil dem C, nachdem er den erſten und zweiten Executionsgrad bereits erwirkt hat, freiſteht, in jedem Augenblicke um die Feilbietung der in Execution gezogenen Mobilien einzuſchreiten, und daß das citirte Hofdecret demjenigen, der ſich durch die gegen einen Dritten geführte Mobilienexecution in ſeinen Rechten gekränkt erachtet, das Recht einräumt, nach überreichter Klage auf Anerkennung ſeines der Executionsführung entgegenſtehenden Rechtes in jedem Stadium der Execution, nicht erſt nach bewilligter Feilbietung, zu verlangen, daß während des Proceſſes mit den weiteren Executionsſchritten inſoferne innegehalten werde, als ihm ſonſt ein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt würde.

Nr. 4649.

Ungiltigkeit einer Hypothek wegen Unrichtigkeit des in der Schuldurkunde angegebenen Schuldtitels.

Entſch. v. 3. Juli 1872, Nr. 2332 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des B. G. Meran v. 26. Oct. 1871, Nr. 7107 und des O. L. G. Innsbruck v. 5. Dec. 1871, Nr. 4837). G. Z. 1873, Nr. 3.

A hatte gegen die Realitäten-Executionsmaſſe des B nach Vorſchrift des für Tirol erlaſſenen Graduationsverfahrens (Hofdcr. vom 19. November 1839, J. G. S. Nr. 388), auf Grund eines Notariatsactes 1200 fl. als pfandrechtlich verſicherte Darlehensforderung angemeldet. Bei der Verhandlung zur Feſtſtellung der Richtigkeit und Priorität der angemeldeten Forderungen behauptete der Execut, daß der in dem notariellen Inſtrumente angegebene Schuldtitel des Darlehens falſch ſei, indem er vom Kläger kein Darlehen pr. 1200 fl. erhalten habe, weshalb auch die Verpfändung ſeiner Realitäten wirkungslos geblieben ſei. Der Kläger gab zu, daß der Titel des Darlehens ſich nur aus Irrthum des Schreibers des Notars in die Urkunde einſchlich, und daß der wahre Titel in Folgendem beſtehe: Der Execut habe ſich gegen ihn dafür, daß er Schulden des Executen bis zum Betrage von 1200 fl. zu bezahlen übernahm, als Schuldner des

Entgeltes von 1200 fl. mit dem Verſprechen, dieſe Summe von Martini 1866 an mit 4½% zu verzinſen, und nach halbjähriger Kündigung zu bezahlen, einbekannt und zur Sicherheit dieſes Entgeltes von 1200 fl. ſeine Realität dem Kläger verpfändet. Ueber dieſe Vereinbarung trug er dem Executen den rückſchiebbaren Haupteid auf und wies die Bezahlung der Schulden bis zum Betrage von 1200 fl. durch Quittungen nach. — Beide Untergerichte entſchieden, daß die angemeldete Hypothekarforderung zur Executionsmaſſe nicht zugelaſſen, dem Kläger jedoch ſeine perſönlichen Forderungsrechte gegen den Executen vorbehalten werden, — das O. L. G. mit folgender Begründung: Beide Streittheile ſind darüber einverſtanden, daß ein Darlehen von 1200 fl. nicht gegeben wurde, und daß die im Notariatsacte enthaltenen Angaben unrichtig ſeien. Selbſt die vom Kläger behauptete Verabredung der Parteien, worüber der Haupteid aufgetragen wurde, in Verbindung mit der Schulurkunde über das fingirte Darlehen wäre nicht geeignet, zu Gunſten des Klägers ein Pfandrecht zu begründen, weil für die künftigen Forderungen, die der Kläger durch ſeine an Stelle des Executen geleiſteten Zahlungen allenfalls erworben hat, kein Pfandrecht beſtellt worden iſt, und weil das fingirte Darlehen nicht als Rechtstitel zur Erwerbung des Pfandrechtes geltend gemacht werden kann. Der Haupteid konnte daher als unentſcheidend nicht zugelaſſen werden, weil, wenn ſich auch die mündliche Verabredung erwahrte, damit die Beſtellung eines Pfandrechtes nicht bewieſen würde. — Dagegen ergriff der Kläger die a. o. Reviſionsbeſchwerde, in welcher er folgende Geſichtspunkte geltend machte: Der Executt hat nicht für künftige Forderungen des Klägers das Pfandrecht beſtellt, ſondern für das Entgelt von 1200 fl., welches er dem Kläger dafür zugeſichert hatte, daß dieſer ſich bereits bei Errichtung der vorliegenden Schuld- und Pfandurkunde verpflichtete, Schulden des Executen bis zum Betrage von 1200 fl. zu bezahlen. Die Pfandbeſtellung erfolgte alſo für eine bei Errichtung der Schuldurkunde bereits exiſtirende Forderung. Allerdings war in der Urkunde aus Irrthum der Titel der Forderung unrichtig bezeichnet worden, allein die Forderung ſelbſt war giltig, und eine Forderung wird deshalb nicht ungiltig, weil ſie in der Schuld- und Pfandurkunde aus Irrthum mit einem falſchen Titel bezeichnet wurde (§§. 449, 1368 a. b. G. B.). Die Aufführung des falſchen Titels in der Urkunde berechtigt alſo den Schuldner nicht, die giltige Forderung des Gläubigers zu beſtreiten, ſondern nur die Berichtigung der Pfandurkunde hinſichtlich des falſchen Schuldtitels zu verlangen (§§. 871, 1388, 1487 a. b. G. B.) Nun hat der Executt in der Pfandurkunde dem Kläger zur Deckung ſeiner oberwähnten Entgeltforderung von 1200 fl. die Realität zum Pfande verſchrieben, allein aus Irrthum des Schreibers wurde als Titel dieſer Forderung das Darlehen angegeben, während der wahre Titel die Uebernahme der Schuldenzahlung für den Executen

bis zum Betrage von 1200 fl. war. Die auf letzteren Titel gestützte Entgeltforderung von 1200 fl. erscheint nun aber unzweifelhaft als giltig, folglich ist auch das zur Deckung dieser Forderung dem Kläger eingeräumte Realpfandrecht wirksam (§§. 447, 449 a. b. G. B.)

Der oberste Gerichthof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde mit einfacher Bezugnahme auf die Gründe des O. L. G.

Nr. 4650.

Begehren des Gatten um Rückkehr der Gattin aus dem ihr während des Ehescheidungsprocesses bewilligten abgesonderten Wohnort nach erfolgter Verweigerung der Scheidung: Form der Procedur.

Entsch. v. 3. Juli 1872, Nr. 6846 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 15. März 1872, Nr. 14734, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 7. Mai 1872, Nr. 8375). Jur. Bl. 1873, Nr. 17.

Der Ehescheidungsklägerin A war während des Processes der abgesonderte Wohnort bei ihren Eltern bewilligt worden. Nach Beendigung des Rechtsstreites, in welchem sie mit ihrer Klage abgewiesen wurde, weigerte sie sich, in die Wohnung des Beklagten B zurückzukehren. Dieser wendete sich nun an das Gericht mit der Bitte, daß in Vollziehung des Urtheiles der A unter Androhung einer Geldstrafe und polizeilichen Zwanges bei fortgesetzter Weigerung, die Rückkehr in seine Wohnung aufgetragen werde, — weil die Zeit, für die ihr der abgesonderte Wohnort bewilligt worden ist, mit der endgiltigen Entscheidung des Scheidungsprocesses abgelaufen sei. — Das Gericht erster Instanz erließ den begehrten Auftrag. — Das O. L. G. hob den erstgerichtlichen Bescheid auf, weil durch das Urtheil nicht erkannt wurde, daß die Klägerin zu ihrem Gatten zurückzukehren habe, daher von einer Vollstreckung des Urtheiles in dem Sinne keine Rede sein kann, und verordnete die Anberaumung einer Tagfahrt zur Anhörung der A.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Decret des O. L. G., weil die Abweisung einer Klage für den Beklagten noch kein Executionsrecht begründet und über den von B behaupteten Wiedereintritt der im §. 92 a. b. G. B. ausgesprochenen, inzwischen suspendirten Pflicht der A, ihm in seinen Wohnsitz zu folgen, ohne vorgängige Vernehmung derselben nicht entschieden werden kann.

Nr. 4651.

Fortsetzung des Hauptverfahrens ungeachtet der angesuchten Restitution wegen schlechter Vertretung bei der Führung des Zeugenbeweises.

Entsch. v. 4. Juli 1872, Nr. 6848 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 19. März 1872, Nr. 15476, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 30. April 1872, Nr. 7621). Jur. Bl. 1873, Nr. 3.

Nachdem in dem Processe des A gegen B der auf Antrag des Letzteren zugelassene Zeugenbeweis aufgenommen worden war, begehrte B die Restitution wegen mangelhafter Vertretung, indem er das Mißlingen des Zeugenbeweises dem Umstande zuschrieb, daß sein Rechtsfreund die ihm ertheilte Information bei der Fassung der Weisartikel nicht gehörig benutzte, — und unter Einem die Aufschiebung des weiteren Verfahrens, resp. der Urtheilsfällung in dem Hauptprocesse. — Die letztere Bitte wurde in erster Instanz bewilligt, in zweiter Instanz abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung des O. L. G., weil für alle Restitutionsfälle mit Ausnahme der Restitution wegen einer versäumten Fallfrist, für die das Gesetz ausdrücklich die Sistirung des Verfahrens in der Hauptsache angeordnet hat (Patent vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31), die in den Hofdecreten vom 25. August 1783, Nr. 179 und 14. November 1785, J. G. S. Nr. 495, aufgestellte Regel gilt, daß dadurch der Zug des Verfahrens nicht gehemmt wird.

Nr. 4652.

Exscindirungsproceß: Beweisthema.

Entsch. v. 9. Juli 1872, Nr. 6174 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des H. G. Prag v. 30. Dec. 1871, Nr. 74942 und des O. L. G. Prag vom 27. März 1872, Nr. 8792). G. Z. 1872, Nr. 423.

A begehrte mit der Eigenthumsklage die Exscindirung mehrerer von den auf Einschreiten des Beklagten B bei dessen Schuldnerinnen C und D im Executionswege gepfändeten Mobilien. Er behauptete, die vindicirten Sachen theils gekauft, theils als Geschenk erhalten zu haben, bezeichnete den auf die eine oder die andere Art gemachten Erwerb jedes einzelnen Stückes und trug über seine von B widersprochenen Anführungen (der Käufe und Schenkungen) ihm den Haupteid auf. — Von beiden Untergerichten wurde der Haupteid zugelassen und bei dem Gelingen des Beweises dem Klagebegehren stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof hat die Klage unbedingt zurückgewiesen. Gründe: A stützte den Eigenthumsanspruch auf die durch den Haupteid

zu beweiſenden Thatſachen, daß er die Gegenſtände ... gekauft, die Sachen ... mit ſeinem Gelde gekauft und die Sachen ... geſchenkt erhalten habe. Dieſe Thatſachen genügen aber durchaus nicht zur Begründung des Klagebegehrens. Denn der Kaufvertrag iſt ein Rechtstitel zur Erwerbung des Eigenthums nur für denjenigen, der die Sache für ſich kauft, reſp. für den ſie von einem Dritten als Mandatar (§. 1017 a. b. G. B.) gekauft wird. Da nun A nicht angeführt hat, daß er die als gekauft bezeichneten Sachen für ſich gekauft habe, ſo bliebe dieſer Umſtand ungewiß, weil Jedermann für ſich ſelbſt oder für einen Anderen kaufen kann, im letzteren Falle aber das Gekaufte nicht ſein, ſondern des Anderen Eigenthum werden ſoll. Es kann daher bei jenen Sachen, die A im Allgemeinen gekauft haben will und ſelbſt bei jenen, von denen er ſpeciell anführt, daß er ſie für ſein Geld gekauft habe, durch den angebotenen Haupteid der weſentliche Umſtand nicht bewieſen werden, daß ſie durch dieſe Käufe ſchon urſprünglich ſein Eigenthum geworden ſind. — Allein ſelbſt wenn A dieſelben für ſich gekauft hätte und durch die an ihn erfolgte Uebergabe damals ihr Eigenthümer geworden wäre, kann dies nicht genügen, um ſein Eigenthum als noch dermalen beſtehend anzuerkennen, weil er ſein Verhältniß zu den Executinnen C und D in keiner Weiſe aufgeklärt und nicht einmal angeführt hat, daß er mit ihnen etwa in Gemeinſchaft lebe und die nämlichen Wohnräume benütze, mithin, da die Pfändung nur in der Wohnung der Executinnen vollzogen worden ſein kann, außer Zweifel geſtellt erſcheint, daß alle gepfändeten Sachen, auch die von A in Anſpruch genommenen, im Beſitze der Executinnen gefunden wurden, zumal A in der Proceßverhandlung mit keinem Worte erwähnte, daß ſie in ſeinem Beſitze ſeien, und aus alledem ſelbſt in dem Falle, daß er das Eigenthum dieſer Sachen durch Kauf für ſich erworben hätte, nicht der noch aufrechte Beſtand desſelben, ſondern weit eher deſſen Aufgeben und Uebertragen auf die Executinnen zu folgern wäre. Das eben Geſagte gilt auch von den Sachen, welche A zum Geſchenke erhalten haben will; auch von dieſen iſt anzunehmen, daß ſie ſeither Eigenthum der Executinnen geworden ſind, indem A ſelbſt nicht behauptete, daß er die vindicirten Effecten den Executinnen nur geliehen oder in Verwahrung gegeben habe. — Unter dieſen Verhältniſſen konnte auch der ganz irrelevante Haupteid, auf welchen die Untergerichte erkannten, nicht zugelaſſen und mußte das Klagebegehren des A unbedingt abgewieſen werden.

Nr. 4653.

Curatelverhängung wegen Verschwendung: Abschließung von Borgverträgen unter verderblichen Bedingungen.

Entsch. v. 9. Juli 1872, Nr. 6968 (Best. des Decr. des K. G. St. Pölten v. 29. März 1872, Nr. 931, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 7. Mai 1872, Nr. 8459). G. Z. 1872, Nr. 97.

Gegen A, Besitzer einer Wirthschaft, wurde in Erwägung, daß derselbe, obschon seine auf 19.100 fl. gerichtlich geschätzte, bis 17. August 1871 nur mit einem Darlehen der Sparcasse pr. 1100 fl. belastete Wirthschaft die solideste Basis zur Aufnahme von etwa nöthigen Darlehen zu 6% Zinsen bot, im Laufe des Jahres 1871 allein einen Betrag von 2577 fl. von notorischen Geldmäklern zu 4% per Monat gegen Wechsel aufnahm; daß bei solchem Gebahren die Wirthschaft in kurzer Zeit überschuldet und er sowie seine Familie unzweifelhaft künftigem Nothstande preisgegeben wäre, mithin diese Geschäfte als muthwillig und unter verderblichen Bedingungen geschlossene Borgverträge sich darstellen, — von dem Gerichte erster Instanz gemäß §. 273 a. b. G. B. die Curatel wegen Verschwendung verhängt. — Das O. L. G. entschied aus den nachstehenden Gründen gegen die Verhängung der Curatel: Wenn auch die oberwähnte Verschuldung stattfand, so kann deshalb noch nicht gesagt werden, daß A sein Vermögen auf unbesonnene Art durchbringe und sich und seine Familie durch muthwillige und unter gefährlichen Bedingungen geschlossene Borgverträge künftigem Nothstand preisgebe. Es ist durch die gepflogenen Erhebungen dargethan, daß A nur deshalb genöthigt ist, außer seinem Hause zu leben und sich bei fremden Leuten Darlehen aufzunehmen, weil ihm sein Eheweib kein Geld gibt, und die häuslichen Zwistigkeiten ihn von seiner Heimatstätte vertreiben. Die sämmtlichen vernommenen Zeugen bestätigen, daß nur der in der letzten Zeit zwischen ihm und der Frau ausgebrochene Unfriede, daß das rohe, den Pflichten der Achtung gegen die Eltern Hohn sprechende Benehmen der Söhne des A die Ursache ist, daß er in letzterer Zeit einem ungeregelten Leben sich ergeben hat. Nach der Aussage eines Zeugen über A's Benehmen, so lange er in seinem Hause war, ist die Annahme gerechtfertigt, daß A alsbald wieder derselbe tüchtige Landwirth werden würde, der er früher war, sobald das veränderte Benehmen seiner Hausgenossen ihm den Aufenthalt auf der Wirthschaft möglich macht, was aber durch eine Curatelverhängung nicht herbeigeführt wird. Unter diesen Umständen liegen nicht jene Bedingungen vor, welche der §. 273 a. b. G. B. fordert, damit Jemand als Verschwender erklärt werden kann, und es muß noch darauf hingewiesen werden, daß seit 28. September v. J. keine von A contrahirte Wechselschuld hervorgekommen ist, es demnach scheint, daß er den Weg des Schuldenmachens wieder verlassen habe.

Der oberste Gerichtshof hat auf den Recurs der Ehefrau des A den Beschluß des Gerichtes der ersten Instanz mit Bezugnahme auf die Begründung desselben und in der Erwägung bestätigt, daß, wenngleich die in die Zeit vom 17. August bis 28. September 1871 fallende Belastung der dem A gehörigen Hälfte von der ihm und seiner Ehegattin gemeinsamen Wirthschaft mit Wechselschulden im Betrage von 2577 fl. bei dem 19.100 fl. betragenden Werthe derselben nicht erheblich ist, doch diese Schuldcontrahirung sowohl mit Rücksicht auf die beschwerliche Bedingung eines übermäßigen Zinsfußes, als auch mit Rücksicht darauf, daß diese Schulden nicht zur Bestreitung nothwendiger Auslagen und nicht zu Zwecken einer sich für die Zukunft wieder lohnenden Verbesserung der Bewirthschaftung oder einer sonstigen nutzbaren Verwendung, sondern, wie genugsam erhoben vorliegt, nur zum Zwecke eines müßigen, die Bewirthschaftung und den Erwerb vernachlässigenden und nur dem Herumtreiben in Wirthshäusern bei Tag und Nacht gewidmeten Lebenswandels des A eingegangen wurden, ganz unzweifelhaft unter den Begriff des Schuldenmachens unter verderblichen Bedingungen fällt, welches Gebahren bei längerer Fortsetzung nothwendig den Vermögensverfall und die Gefahr des künftigen Nothstandes für A und seine Familie herbeiführen müßte; daß es angesichts der unausbleiblichen Folgen solchen Gebahrens gleichgiltig ist, welche Umstände und Verhältnisse den A hiezu veranlaßten, es vielmehr genügt, daß er thatsächlich eine Bahn betreten hat, auf welcher er und seine Familie dem Elende entgegengehen und daß, wenn wirklich häusliche Zwistigkeiten und das Benehmen seiner Familie ihn angetrieben haben, seine Heimatstätte zu vermeiden, sich bestimmungslos der Unthätigkeit zu ergeben, seine Zeit in Wirthshäusern zu verbringen, und Schulden zu machen, um solchen Lebenswandel führen zu können, hierin nur um so mehr ein Beweis seiner Unselbstständigkeit und Schwäche, seines Unvermögens, sein Recht als Herr im Hause zu behaupten und in seiner Wirthschaft und Vermögensgebahrung Ordnung zu halten und seines Hanges zu einer ungeregelten Lebensweise, somit auch ein Beweis für die Gefährlichkeit der Belassung der freien Vermögensverwaltung gefunden werden müßte; daß in dem Umstande, daß seit 28. September 1871 keine weitere Wechselschuld des A mehr zur bücherlichen Eintragung gelangte, eine Bürgschaft dafür, daß er selbst von dem Wege des Schuldenmachens wieder abgekommen sei, nicht gefunden werden kann, da laut des Grundbuchsextractes seit 29. September 1871 die Curatelverhängung grundbücherlich angemerkt und daher die weitere Vormerkung von Schulden gehemmt war.

Nr. 4654.

Aufnahme eines Notariatsactes zur Bekräftigung einer bereits errichteten Privaturkunde über Ehepacten.

Entſch. v. 9. Juli 1872, Nr. 7155 (Beſt. des das Decr. der oberöſterr. Notariatskammer v. 19. Februar 1872, Nr. 103, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 24. April 1872, Nr. 6668). G. H. 1872, S. 319.

In Uebereinſtimmung mit der Entſcheidung vom 9. April 1872, Nr. 3590 (Nr. 4563 der Sammlung), und mit der gleichen Begründung erklärte der oberſte Gerichtshof, daß der Notar die Aufnahme eines Notariatsactes über die privatim errichtete Urkunde eines Vertrages, deſſen Giltigkeit nach §. 1 des Geſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76, durch die Aufnahme eines Notariatsactes bedingt iſt, nicht verweigern darf.

Nr. 4655.

Berichtigung eines Schreibfehlers im Grundbuchsgeſuche mit Hilfe der Beilage. — Vorausſetzungen der executiven Intabulation des Pfandrechtes für eine vom Gefällsgerichte verhängte Geldſtrafe.

Entſch. v. 10. Juli 1872, Nr. 7023 (Abänd. der Decr. des L. G. Neutitſchein v. 29. März 1872, Nr. 1947 und des O. L. G. Brünn v. 24. April 1872, Nr. 4592). G. H. 1872, S. 495. Zeitſchr. f. d. Notariat 1873, Nr. 45.

Auf Grund eines Erkenntniſſes des Gefällen-Bezirksgerichtes, wodurch Joſef Mandel zu einer Geldſtrafe verurtheilt worden iſt, und des an die Finanzprocuratur ergangenen Requiſitoriums der Finanz-Bezirksdirection begehrte die Finanzprocuratur gegen Joſef Mundel die executive Intabulation, eventuell die Pränotation des Pfandrechtes an dem Hauſe Nr. 43 in X. — Das Gericht erſter Inſtanz hat das Geſuch abgewieſen, weil das bezeichnete Haus in dem Grundbuche für Joſef Mandel nicht für Joſef Mundel, gegen welchen die Intabulation begehrt wird, gerichtet iſt. — Das O. L. G. verordnete die Einverleibung des unbedingten Pfandrechtes auf dem Hauſe Nr. 43 in X des Joſef Mandel, weil wenn auch in dem Geſuche der Finanzprocuratur die Intabulation, eventuell die Pränotation, das Pfandrecht gegen einen Joſef Mundel sub Nr. 43 in X verlangt wird, während dieſe Realität einem Joſef Mandel gehört, durch die in dem gefällsbezirksgerichtlichen Erkenntniſſe enthaltene Bezeichnung des von dem Executen bewohnten Hauſes in X mit Nr. 43 die Identität des Joſef Mandel mit Joſef Mundel außer Zweifel geſetzt iſt, daher der erſtgerichtliche Abweiſungsgrund als ein reiner Schreib-

fehler ſich darſtellt, welcher die Bewilligung der Intabulation, unter allen Umſtänden jene der Pränotation des Pfandrechtes nicht hindert.

Der oberſte Gerichtshof bewilligte die Pränotation des Pfandrechtes auf dem Hauſe Nr. 43 in X. Gründe: Das Geſuch der Finanzprocuratur um Eintragung des executiven, eventuell des ſicherſtellungsweiſen Pfandrechtes iſt auf das Urtheil des Gefälls-Bezirksgerichtes und auf das Requiſitorium der Finanz-Bezirksdirection gegründet. Das erſtere entbehrt aber die Beſtätigung der eingetretenen Rechtskraft und dieſer nach §. 33 lit. d des Grundbuchsgeſetzes der Einverleibung des executiven Pfandrechtes entgegenſtehende Mangel wird dadurch nicht beſeitigt, daß laut des Requiſitoriums der Finanz-Bezirksdirection die Berufung des Mandel gegen das gefällsbezirksgerichtliche Urtheil am 15. März 1872 zurückgewieſen wurde — woraus die Finanzprocuratur die Rechtskraft des Urtheils folgern will, — weil das Requiſitorium von demſelben Tage datirt iſt, mithin am 15. März 1872 der Partei der Rechtszug gegen die Zurückweiſung ihrer Berufung gegen das Urtheil noch offen ſtand und das Requiſitorium ſelbſt nicht zur executiven Hereinbringung, ſondern zur Sicherſtellung der Geldſtrafe auffordert. Innerhalb der Grenzen dieſer Aufforderung iſt die Finanzprocuratur allerdings legitimirt, die pfandrechtliche Sicherſtellung zu begehren und iſt daher nach §. 38 lit. c des Grundbuchsgeſetzes die Vormerkung des Pfandrechtes zu bewilligen, welche durch den Nachweis der Rechtskraft des gefällsgerichtlichen Erkenntniſſes zu juſtificiren ſein wird. — Daß der Schreibfehler die Bewilligung des Geſuches nicht hindert, wurde ſchon in den Gründen der zweiten Inſtanz ausgeführt.

Nr. 4656.

Einfluß des Geſetzes über die Einſetzung des Reichsgerichtes auf den Vorgang der Gerichte bei Prüfung ihrer Competenz gegenüber den Verwaltungsbehörden.

Entſch. v. 11. Juli 1872, Nr. 9684. Spruchrepertorium Nr. 2. G. Z. 1872, Nr. 89. (Manz'ſche Sammlung I, S. 79.)

Die Acten der beim B. G. Mies verhandelten Rechtsſache der israelitiſchen Cultusgemeinde in A gegen B pcto. Beitragsleiſtung zu den Koſten des Vorbeters wurden vom Gerichte erſter Inſtanz zur Entſcheidung der Frage: ob der Gegenſtand auf den Rechtsweg gehöre, dem böhm. O. L. G. vorgelegt, welches die Statthalterei um ihr Gutachten anging und, da dasſelbe dahin lautete, daß die Sache ſich als eine rein innere Angelegenheit der Cultusgemeinde darſtelle, die im Sinne des Art. 15 des Staatsgrundgeſetzes v. 21. December 1867, R. G. Bl. Nr. 142, von der Cultusgemeinde auszutragen ſei, nach dem Hofdcr.

v. 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, die Acten mit der Erklärung, dieſer Anſicht beizutreten, der dritten Inſtanz vorlegte.

Der oberſte Gerichtshof beſchloß: 1. Die Sache dem Gerichte erſter Inſtanz zur Erledigung der angeregten Competenzfrage im eigenen Wirkungskreis zurückzuſtellen, weil das Hofdcr. v. 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, durch das über die Einrichtung und Organiſirung des Reichsgerichtes erlaſſene Geſetz v. 18. April 1869, R. G. Bl. Nr. 44, als aufgehoben erſcheint und die Gerichte verpflichtet ſind, die Grenzen ihrer Competenz von amtswegen ſich gegenwärtig zu halten und innerhalb derſelben zu entſcheiden. 2. Den nachſtehenden Satz in das Spruchrepertorium einzutragen: Mit Rückſicht auf das über die Einrichtung und Organiſirung des Reichsgerichtes erfloſſene Geſetz v. 18. April 1869, R. G. Bl. Nr. 44, iſt für den oberſten Gerichtshof die Nothwendigkeit entfallen, darüber, ob der Gegenſtand eines Rechsſtreites zur gerichtlichen oder aber zur adminiſtrativen Amtshandlung und Entſcheidung geeignet ſei, die Wohlmeinung der betreffenden adminiſtrativen Centralbehörde gemäß Hofdecret v. 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, einzuholen.

Nr. 4657.

Analoge Anwendung der Vorſchrift der Concursordnung über Simultanhypotheken bei executiven Feilbietungen.

Entſch. v. 16. Juli 1872, Nr. 7308 (Beſt. des das Decr. des B. G. Marburg v. 27. Nov. 1872, Nr. 19826, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 28. Februar 1872, Nr. 2340). Spruchrepertorium Nr. 4. G. Z. 1872, Nr. 89. (Manz'ſche Sammlung I, S. 81.)

Nach der auf executives Einſchreiten des A vollzogenen Verſteigerung mehrerer Liegenſchaften, I, II, III, IV, des D, welche für die Forderung des Executionsführers und für jene des B ſimultan verpfändet ſind, hat der Erſtere ſeine Forderung ausdrücklich bei allen vier Realitäten und der Letztere ſeinen Anſpruch ohne Beſchränkung auf eine der Pfandſachen angemeldet. Es wurde nun von dem B. G. Marburg bei Vertheilung des Meiſtgebotes dem B für deſſen Forderung pr. 5360 fl. 84½ kr. der Reſt des Erlöſes von I im Betrage von 4874 fl. 35¼ kr., von dem Erlöſe aus II 279 fl. 23 kr., von jenem aus III 200 fl. 11 kr. und vom Meiſtgebote auf IV 7 fl. 15 kr., — dem Executionsführer A für ſeine Forderung von 1643 fl. 41 kr. vom Erlös aus II 943 fl. 16 kr., aus III 674 fl. 17 kr. und aus IV 26 fl. 8 kr. angewieſen und für die nur auf I ſichergeſtellte Forderung des C von 358 fl. 93 kr., welche in der Verhandlung über die Meiſtgebotsvertheilung beſtritten wurde und deshalb in Vorbehalt zu nehmen war, kein Betrag ausgeſchieden, weil

durch die Anweisung des B der Erlös aus I bereits erschöpft war. Auf den Recurs des C hat das O. L. G. in Graz die erstgerichtliche Vertheilung aufgehoben und dem B. G. Marburg die Verfassung einer neuen Vertheilung im Sinne des zur Anwendung zu bringenden §. 37 der Concursordnung v. 25. December 1868 aufgetragen.

Dagegen recurrirten A und B an den obersten Gerichtshof, welcher die Verordnung des O. L. G. aus folgenden Gründen bestätigte. Der Auftrag des O. L. G. bei der in Rede stehenden Vertheilung, die Vorschrift des §. 37 der C. O. v. 25. December 1868 zu analoger Anwendung zu bringen, um dem Recurs des C gegen die erstgerichtliche Vertheilung Rechnung zu tragen, ist gerechtfertigt, weil über den Vorgang bei Vertheilung des Erlöses executiv versteigerter Realitäten, welche zum Theile mit Simultanhypotheken behaftet sind, in der a. G. O. keine denselben normirende Bestimmungen enthalten sind, daher die Anwendung des §. 37 der C. O. per analogiam zufolge §. 437 a. G. O. dem Richter hier gestattet ist, zumal der im citirten §. 37 angedeutete Vorgang weder dem §. 447 a. b. G. B. noch dem §. 15 der Grundbuchsordnung derogirt, sondern vielmehr gleichfalls bestimmt, daß dem Gläubiger frei steht, seine Befriedigung aus einem einzelnen Gut oder aus mehreren der (simultan verpfändeten) Güter zu verlangen, von welcher Befugniß die angemeldeten Gläubiger, die Simultanhypotheken besaßen, auch in der Weise Gebrauch gemacht haben, daß einige von ihnen ihre Anmeldung auf den Erlös einzelner Liegenschaften beschränkten, andere, wie A, ausdrücklich auf den Erlös aller Realitäten griffen oder, wie B, unbestimmt anmeldeten. Es hatte daher C bezüglich seines nur bei I versicherten, zwar nicht für liquid erkannten und daher in Vorbehalt zu nehmenden Anspruches allerdings Grund gegen die erstgerichtliche Vertheilung zu recurriren, insoferne er, obgleich er dem damaligen Recurrenten A bei I als älterer Pfandgläubiger vorgehen würde, vielleicht nur deshalb leer ausging, weil von dem Erlöse der übrigen Güter nicht jener Betrag ausgeschieden worden ist, der auf seine Forderungen entfallen würde, wenn jedes dieser Güter, resp. der Erlös zur Befriedigung der Simultanhypotheken verhältnißmäßig in Anspruch genommen worden wäre, was eben zur Folge hat, daß A mit seiner ganzen Forderung beim Erlös der Liegenschaften, auf die der Anspruch des C nicht sichergestellt ist, in der erstgerichtlichen Vertheilung zum Zug gekommen ist.

Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Die Vorschrift des §. 37 der C. O. v. 25. December 1868 findet analoge Anwendung bei der Vertheilung des Meistgebots für executiv versteigerte, mit Simultanhypotheken belastete Liegenschaften.

Nr. 4658.

Summariſches Verfahren: Herbeiführung der Entſcheidung in der Hauptſache bei Abweiſung der in erſter Inſtanz zugelaſſenen Einrede der Incompetenz durch das Obergericht.

Entſch. v. 17. Juli 1872, Nr. 3773 (Aufheb. des das Urth. des B. G. Dux v. 20. Dec. 1871, Nr. 4814, aufheb. Urth. des O. L. G. Prag v. 29. Jänner 1872, Nr. 2686). Spruchrepertorium Nr. 5. G. Z. 1872, Nr. 90. (Manz'ſche Sammlung I, S. 83.)

Der beim B. G. Dux als angeblichem forum contractus angebrachten und nach Vorſchrift des ſummariſchen Proceſſes verbeſchiedenen Klage des A peto. Zahlung eines Waarenkaufspreiſes ſetzte der Beklagte B die Einwendung der Unzuſtändigkeit des angerufenen Gerichtes entgegen, indem er die Vereinbarung des Zahlungsortes Dux ableugnete, welche der Kläger daraus deducirte, daß der Beklagte die Waaren, die ihm der Kläger mit der den Beiſatz: zahlbar in Dux enthaltenden Factura überſendet hatte, ohne Anſtand angenommen habe (Haupteid). — Das B. G., welches in dieſen Thatſachen die ausdrückliche Beſtimmung des Zahlungsortes Dux im Sinne des §. 43 J. N. nicht erblickte, fällte das Urtheil, daß der Einwendung des incompetenten Gerichtes ſtattgegeben, deshalb in die Entſcheidung der Hauptſache nicht eingegangen werde und daß der Kläger dem Beklagten die Proceßkoſten zu erſetzen habe. — Das O. L. G., an welches der Kläger appellirte, hielt dafür, daß die Incompetenz des angerufenen Gerichtes nicht unbedingt ausgeſprochen werden dürfe, weil nach ſeiner Anſicht die vom Kläger zur Begründung des forum contractus angeführten Thatſachen relevant ſind und derſelbe den Beweis dafür durch Delation des Haupteides angeboten hatte, überdies auch zum Beweis der Behauptung des Beklagten, der vielmehr ſein Domicil als Zahlungsort ausdrücklich vereinbart worden ſei, von dem Letzteren der Beweis durch Haupteid angetragen wurde. Anſtatt aber ſofort die Competenzfrage dieſem Sachverhalt gemäß zu entſcheiden, hat das Obergericht das erſtgerichtliche Urtheil aufgehoben und in Anbetracht, daß die bedingte Entſcheidung des Competenzſtreites mit jener des Hauptſtreites zu verbinden iſt (§. 26 des Geſetzes über den ſummariſchen Proceß) und die zweite Inſtanz darüber, ob die Hauptſache bereits ſpruchreif oder ob in merito noch die Durchführung angebotener Beweiſe nothwendig ſei, ſich nicht auszuſprechen habe, weshalb der erſten Inſtanz auch nicht verordnet werden könne, ſofort zur Entſcheidung der Hauptſache zu ſchreiten, dem B. G. aufgetragen, behufs der gleichzeitigen Entſcheidung des Competenz- und des meritoriſchen Streites in der Hauptſache weiter vorzugehen. Gegen die obergerichtliche Verordnung beſchwerte ſich der Beklagte mit der Bitte um Beſtätigung des erſtgerichtlichen Erkenntniſſes.

In Erwägung, daß die im §. 26 des Gesetzes über das summarische Verfahren angeordnete gleichzeitige Entscheidung über die bestrittene Zuständigkeit des Gerichtes und in der Hauptsache nur dann stattfinden kann, wenn der Richter die Einwendung der Incompetenz, unbedingt oder bedingt, zurückweist; daß, wenn der erste Richter der Einwendung der Incompetenz stattgibt und die Streitsache von sich weist, dieser Ausspruch aber auf dem Wege der Appellation in Beschwerde gezogen wird, es Sache des O. L. G. ist, über die Competenz zu entscheiden und daß, wenn die erstrichterliche Rechtsanschauung vom O. L. G. nicht getheilt wird, es unstatthaft ist, dem ersten Richter die Fällung eines neuen Urtheils mit Zugrundelegung der obergerichtlichen Rechtsanschauung aufzutragen; daß nach §. 49 des citirten Gesetzes das O. L. G. zu prüfen hat, ob die Sache spruchreif sei, und daß es die Beurtheilung, ob die Verhandlung so vollständig sei, daß für den Fall der Competenz des Gerichtes eine gründliche Entscheidung der Hauptsache möglich sein wird, nicht dem Richter erster Instanz überlassen darf — hat der oberste Gerichtshof im Sinne der §§. 49 und 50 des Gesetzes über das summarische Verfahren die Verordnung des O. L. G. von amtswegen aufgehoben und demselben aufgetragen, zuvörderst in die Prüfung der Vollständigkeit der Verhandlung einzugehen und, wenn es in dieser Beziehung eine Verfügung nicht nöthig findet, in Folge der Appellationsbeschwerde des Klägers gegen das erstgerichtliche Urtheil über die Competenz zu entscheiden.

Zugleich wurde die Eintragung des folgenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Hat im summarischen Verfahren das Gericht erster Instanz der Einwendung der Incompetenz des angerufenen Gerichtes unbedingt stattgegeben und findet das O. L. G. diesen Ausspruch abzuändern, so kann es nicht zugleich in die Entscheidung der Hauptsache eingehen, sondern muß dieselbe dem Untergerichte auftragen.

Nr. 4659.

Negotium mixtum cum donatione: Widerruflichkeit der in dem gemischten Geschäfte enthaltenen Schenkung.

Entsch. v. 17. Juli 1872, Nr. 6405 (Best. des Urth. des B. G. Weiskirchen v. 26. Jänner 1870, Nr. 331, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn v. 30. August 1871, Nr. 8157). Spruchrepertorium Nr. 6. G. Z. 1872, Nr. 90. (Manz'sche Sammlung I, S. 84.)

Nach Inhalt der Klage der Eheleute A gegen ihren Sohn B haben sie mit Vertrag vom 28. August 1868 den ihnen gehörigen Grundbesitz Nr. 22 in X dem Beklagten und seiner Braut, jetzt Gattin, um 4000 fl., mit Vorbehalt des lebenslänglichen Ausgedings,

zum Eigenthum abgetreten. Da dieſer Grundbeſitz zur Zeit der Abtretung den Werth von 20.000 fl. hatte und noch habe, das vorbehaltene Ausgeding einen Capitalswerth von 6000 fl. darſtelle, welcher mit dem gezahlten Ueberlaſſungspreis von 4000 fl. den Betrag von 10.000 fl. ausmacht, ſo hätten der Beklagte und ſeine Gattin mit dem Grundbeſitze einen Mehrwerth von 10.000 fl. empfangen und ſei für dieſe Summe, wovon die Hälfte auf den Beklagten entfiel, der Abtretungsvertrag eine Schenkung. Nachdem der Beklagte durch Injurien gegen die Geſchenkgeber eines groben Undankes ſich ſchuldig gemacht, ſo fordern ſie den vorhin bezifferten Schenkungsantheil nach §. 948 a. b. G. B. von ihm zurück und begehren, daß er zur Zahlung von 5000 fl. nebſt 6% Zinſen vom Tage der Klage verurtheilt werde. — Dieſer vom Beklagten unbeantwortet gelaſſenen Klage hat das Gericht erſter Inſtanz ſtattgegeben. Auf Appellation des Beklagten wurden die Kläger vom O. L. G. abgewieſen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: In dem Abtretungsvertrage vom 28. Auguſt 1868 iſt unter den Umſtänden, welche die Kläger anführen, und die gegenüber dem contumacirten Beklagten auch ohne Beweis für wahr zu halten ſind, eine Schenkung nicht zu verkennen. Allerdings wurde die Wirthſchaft Nr. 22 in X an B und deſſen Braut, nunmehrige Gattin, nicht unentgeltlich in's Eigenthum übertragen. Nachdem aber dieſes Bauerngut zur Zeit der Ueberlaſſung einen Werth von 20.000 fl. hatte und die klagenden Eheleute ſich blos eine Abtretungsſumme von 4000 fl. und ein Ausgeding im capitaliſirten Werthe von 6000 fl. ausbedungen haben, ſo blieb das Entgelt hinter dem Werthe des Uebergebenen um 10.000 fl. zurück. Soweit nun die Leiſtung der Abtretenden jene der Uebernehmer um die Hälfte des Werthes überſteigt, und dieſe Vereinbarung einer unverhältnißmäßig geringeren Gegenleiſtung, nach den obwaltenden Verhältniſſen zu ſchließen, in keiner anderen Abſicht geſchehen ſein konnte, als um dem Sohne und der Schwiegertochter einen Vermögensvortheil zuzuwenden, durch welchen das eigene Vermögen der Eltern theilweiſe ganz uneigennützig aufgeopfert wurde, muß der Vertrag nach dieſer Richtung als eine Schenkung beurtheilt werden. Wenn das O. L. G. einer ſolchen Auffaſſung damit begegnet, daß die Grundabtretung nicht unentgeltlich geſchah, ſo iſt auf die §§. 935 und 942 a. b. G. B. zu verweiſen, welche deutlich zeigen, wie das Geſetz an einem und demſelben Vertrage das Moment der Entgeltlichkeit und das der Unentgeltlichkeit nebeneinander zu unterſcheiden weiß. Zudem läßt das 18. Hauptſt. II. Theiles des a. b. G. B. in keiner Weiſe entnehmen, daß deſſen Normen nur auf reine Schenkungsverträge und nicht auch auf ſolche Rechtsgeſchäfte Anwendung finden ſollen, bei denen mit der Schenkung ein anderweitiger Vertrag verbunden iſt. Eben ſo wenig läßt ſich das Klagebegehren beanſtänden, wonach nicht die Abtretung des Grundbeſitzes

revocirt, sondern lediglich der Betrag von 5000 fl. gefordert wird, weil die Rückerstattung des Bauerngutes in jenem relativen Antheile, womit eine Schenkung an den Beklagten stattfand, in natura nicht mehr möglich, wohl aber der Werth desselben (§. 949 a. b. G. B.) vorhanden ist, zumal die Kläger behaupten, daß die Wirthschaft auch jetzt noch 20.000 fl. werth sei. Was die zweite Instanz von der Ausstattung bemerkt, welche die Kläger dem Sohne mittelst des Mehrwerthes der abgetretenen Besitzung gegeben haben, beruht auf der willkürlichen, weil actenmäßig nicht begründeten Annahme, daß der Beklagte keine anderweitige Ausstattung erhielt, bildet daher gleichfalls keinen Grund, das Vorhandensein einer Schenkung zu negiren. Belangend den groben Undank wurde in der Klage vorgebracht, daß Beklagter im Herbst 1868 sowie im Fasching 1869 seinen Vater nach vorausgegangenem Wortwechsel an der Kehle packte, würgte und sich mit ihm herumriß, daß er Mitte Juni 1869 die Mutter das schlechteste Mensch auf 6 Meilen weit und breit nannte, endlich daß er zur Erntezeit 1869 den Vater altes Aas, taube Krot schimpfte. Diese Handlungen, worüber je 4 Zeugen geführt werden, die sich also Beklagter vor mehreren Leuten zu Schulden kommen ließ, fallen unter den Begriff von Verletzungen an der Ehre, wegen welchen nach den §§. 496 und 491 St. G. auf Verlangen der Verletzten verfahren werden kann. Sie bekunden zugleich das unmoralische Verhalten von Seite des Beschenkten und die grobe Hintansetzung der vom Geschenkgeber schuldigen Pietätsrücksichten. Sohin war das in richtiger Anwendung der §§. 948, 949 und 335 a. b. G. B. dem Klagebegehren stattgebende Urtheil erster Instanz zu bestätigen. — Unter Einem wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Wenn und soweit ein entgeltliches Rechtsgeschäft eine Schenkung enthält, kann es aus den in den §§. 947 bis 955 a. b. G. B. bezeichneten Gründen angefochten werden.

Nr. 4660.

Gerichtlicher Vergleich: Unzulässigkeit der Executionsführung durch den darin begünstigten Dritten.

Entsch. v. 17. Juli 1872, Nr. 7296 (Best. des Decr. des B. G. Saybusch v. 15. Nov. 1870, Nr. 3939, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau vom 28. Februar 1872, Nr. 363). Jur. Bl. 1873, Nr. 11.

Auf die Klage des B gegen seinen gewesenen Vormund C wegen Ablage der Rechnung über die Vermögensverwaltung und Herausgabe des zum Pupillarvermögen gehörenden Grundstückes X kam ein Vergleich zu Stande, in welchem C zur Restitution des Grundstückes sich verpflichtete und andererseits B sich verbindlich machte, seiner mit dem

C verheirateten Schwester A und seinem Bruder D zur Befriedigung ihrer Erbschaftsforderungen an den Nachlaß ihres gemeinschaftlichen Vaters M (von welchem das besagte Grundstück X nach der Bauernerbfolge auf den B gekommen war) je ein Drittel des Werthes des Grundstückes X in Geld zu zahlen und ihnen das Recht einräumte, behufs Ermittelung des Werthes des Grundstückes die gerichtliche Schätzung desselben zu veranlassen. Auf Grund dieses gerichtlichen Vergleiches, bei dem die A persönlich nicht intervenirte noch von ihrem Ehemanne C durch eine Vollmacht vertreten war (§. 1008 a. b. G. B.), begehrte sie die gerichtliche Schätzung des Grundstückes X, welches von C dem B zurückgestellt worden war, zu dem oberwähnten Zwecke. — Das in erster Instanz abgewiesene Gesuch der A wurde von dem O. L. G. bewilligt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil der zur Beilegung eines Rechtsstreites geschlossene gerichtliche Vergleich nur unter den Proceßparteien die Kraft eines executionsfähigen Uebereinkommens hat (§. 396 lit. b westg. G. O.) und nur diese Parteien auf Grund eines solchen Vergleiches die Execution unmittelbar begehren können, die A aber an dem Processe, über welchen der Vergleich, um dessen Vollstreckung es sich handelt, abgeschlossen wurde, als Proceßpartei nicht betheiligt war.

Nr. 4661.

Simultanhypothek: Erstehung des einen executiv feilgebotenen Grundstückes durch einen postlocirten Simultanhypothekargläubiger und Verzicht desselben auf die auf diesem Grundstücke haftende Hypothek.

Entsch. v. 18. Juli 1872, Nr. 6212 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hollabrunn v. 31. Jänner 1872, Nr. 886 und des O. L. G. Wien v. 7. Mai 1872, Nr. 8852). Jur. Bl. 1872, Nr. 36.

Die Liegenschaften I und II des A sind simultan dem C für 2000 fl., und dem B für 3500 fl. verpfändet. Die Forderung des C ist durch jede der beiden Hypotheken vollständig, jene des B nur zum Theile gedeckt. Auf dem Gute II sind nach B noch andere Gläubiger intabulirt. Die Realität I wurde im Executionswege verkauft und von dem B erstanden, welcher die Forderung des C von 2000 fl. durch Cession an sich brachte und bei der Vertheilung des Kaufschillings für das Gut I unter Verzichtleistung auf das Pfandrecht für die ihm von C abgetretene Forderung, die Befriedigung seiner nachfolgenden Satzforderung von 3500 fl. aus dem Kaufschillinge in Anspruch nahm. Diesem Begehren widersetzten sich einverständlich mit dem Executen A die nur auf der Realität II nach B und C intabulirten Gläubiger,

indem sie geltend machten, daß es sich hier nicht mehr um das Pfandrecht, sondern um die von dem Schuldner dem B angebotene Zahlung handle, deren Annahme B nicht ablehnen dürfe, da er ja nicht auf seine Forderung verzichte, sondern vielmehr Zahlung verlange. Auf die Simultanhaftung der Pfandgüter I und II könne sich B eben so wenig berufen, als der Gläubiger von Solidarschuldnern auf das ihm zustehende freie Wahlrecht, um die von einem der Schuldner ihm angebotene Zahlung zurückzuweisen. Im äußersten Falle müßte die von C dem B cedirte Forderung von 2000 fl. auf beide Realitäten nach der Analogie des §. 37 C. O. proportionell vertheilt werden. — Von beiden Untergerichten wurde dem Begehren des B stattgegeben und demselben, mit Uebergehung der ihm von C abgetretenen 2000 fl., der Rest des Kaufschillings für seine nachfolgende Forderung von 3500 fl. zugewiesen, beziehungsweise ihm als Ersteher der Realität der Betrag derselben in den Kaufschilling eingerechnet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte im Recurswege die untergerichtlichen Entscheidungen, weil dem B die Zahlung der ihm von C cedirten Forderung von 2000 fl. keineswegs im Sinne des §. 1422 a. b. G. B. angeboten wurde, indem er selbst die Realität erstanden hat und auf den Kaufschilling noch 5125 fl. schuldig ist, von welchem Reste erst die 2000 fl. behufs ihrer Berichtigung abzurechnen wären, was aber gegen den Willen des B nicht zulässig ist, da diese 2000 fl. auf mehreren Realitäten hypothekarisch sichergestellt sind (§. 1446 a. b. G. B.), folglich dem B das Recht zusteht, auf die Hypothek an der Realität I Verzicht zu leisten, wornach diese Hypothek gelöscht wird, ohne daß dadurch das Pfandrecht an anderen Realitäten verloren geht, da ja die Forderung, nachdem sie in Folge des Verzichtes des B aus dem Erlöse des Verkaufes der Realität nicht gezahlt wird, nicht als getilgt angesehen werden kann.

Nr. 4662.

Rechtliche Natur des bei der Veräußerung eines Grundstückes vorbehaltenen „Eigenthums" an der darin befindlichen Mineralerde.

Entsch. v. 18. Juli 1872, Nr. 8486 (Best. des Urth. des B. G. Kaaden vom 31. Dec. 1871, Nr. 6425, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 19. März 1872, Nr. 7907). G. H. 1872, S. 362.

M hat seine Wirthschaft in X dem A verkauft mit ausdrücklichem Vorbehalte des Eigenthumes der grünen Erde (Färbemittel) in dem zur Wirthschaft gehörigen Grundstücke, und darauf das reservirte Recht zur Gewinnung der Farberde entgeltlich auf den B übertragen. Nach dem Tode des M trat A gegen B mit einer Klage auf, worin er das

dem Beklagten übertragene Recht des M als eine persönliche Servitut qualificirte, die mit dem Tode des Letzteren untergegangen sei (§. 529 a. b. G. B.), und die Löschung desselben in dem Grundbuche forderte. B wendete dagegen ein, daß das fragliche Recht den Charakter des Eigenthums habe. — Der letzteren Ansicht war auch das in erster Instanz entscheidende Gericht, welches daher den Kläger abwies, wogegen das O. L. G. dem Klagebegehren stattgab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Wenn auch die Contrahenten M und A die grüne Erde in dem Grundstücke — irrigerweise — als ein bergfreies, sogenanntes vorbehaltenes Mineral und die Gewinnung dieser Farberde als einen Bergbau angesehen haben, so waltet doch kein Zweifel ob, daß das Eigenthum, welches M an der Farberde des verkauften Grundstückes sich vorbehielt, die volle Herrschaft und freie Verfügung über dieses Object, nicht blos den Fruchtgenuß davon, in sich schloß und daß der Wille der Contrahenten auf dieses Maß der Berechtigung des Verkäufers gerichtet war. Die Meinung der Vertragschließenden, daß es sich hiebei um ein Montanobject handle, war gleichgiltig, weil der Begriff des bergrechtlichen Eigenthumes mit dem allgemeinen Eigenthumsbegriffe zusammenfällt. M war somit Eigenthümer, nicht bloßer Fruchtnießer der Farberde, und konnte sein Eigenthum mit voller Rechtswirkung auf den Beklagten übertragen.

Nr. 4663.

Verzinsliches Darlehen in öffentlichen Schuldscheinen: Berechnung der Zinsen.

Entsch. v. 23. Juli 1872, Nr. 5670 (theilweise Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Karolinenthal v. 18. Oct. 1871, Nr. 22914 und des O. L. G. Prag v. 24. Februar 1872, Nr. 6047). G. H. 1872, S. 442.

A hat dem B 400 fl. C. M. in 4 Obligationen des Nationalanlehens à 100 fl. auf 2 Jahre, d. i. bis 6. September 1861 dargeliehen. Bis zu diesem Tage war das Darlehen unverzinslich; von dem besagten Tage aber bis zum Zeitpunkt der Zurückzahlung hatte B es mit 5% zu verzinsen. Das Darlehen blieb bis 1870 bei dem B liegen. In diesem Jahre forderte A dasselbe mittelst Klage zurück, in welcher er das Begehren stellte, daß B verurtheilt werde, ihm 4 Nationalanlehensobligationen à 100 fl. effectiv ohne die bis zum Tage der Klage fällig gewordenen Coupons zu übergeben oder nach dem Curs von 79 fl. 30 kr. ö. W., welchen die Nationalanlehensobligationen am Tage des empfangenen Darlehens hatten, 317 fl. 20 kr. ö. W. und in beiden Fällen die 5% Zinsen der drei letzten Jahre, vom Klagetage zurückgerechnet, von dem Nennwerthe der Obligationen, d. i. von 400 fl. C. M. zu zahlen.

In der Hauptsache wurde dem Klagebegehren in allen drei Instanzen stattgegeben. — Die von beiden Untergerichten dem Kläger gleichfalls zugesprochene Zinsenforderung aber hat der oberste Gerichtshof auf die nach dem Curswerthe der Obligationen vom Tage des Empfanges des Darlehens berechneten 5% Zinsen beschränkt und demnach den B zur Zahlung der Zinsen nur von 317 fl. 20 kr. ö. W. verurtheilt, — aus folgenden Gründen: Wenn ein in öffentlichen Schuldscheinen gegebenes Darlehen in gleichen Schuldscheinen zurückgefordert wird, so kann der unter Einem etwa gemachte Zinsenanspruch sich nur auf jenen Zinsengenuß erstrecken, welcher mit dem Darlehen nach Beschaffenheit der gegebenen öffentlichen Schuldscheine verbunden ist. Im vorliegenden Falle wäre daher A nur berechtigt gewesen, mit den Nationalanlehensobligationen die bezüglichen Coupons oder die denselben entsprechenden, von B eingehobenen Zinsenbeträge zurückzufordern. Dieses Begehren hat A nicht gestellt; die Forderung aber, daß B ihm die 5% Zinsen von dem Nennwerthe der Obigationen zahle, ist nach dem Gesagten ganz unzulässig. Da nun A die Zurückstellung des Darlehens entweder in Nationalobligationen (jedoch ohne Anspruch auf Coupons) oder in Geld nach dem Curs von 79 fl. 30 kr. begehrt, so können ihm die zugleich geforderten rückständigen 5% Interessen nach dem Gesetze nur von diesem Curswerthe zugesprochen werden.

Nr. 4664.

Zuständigkeit für die Klage auf Trennung einer Ehe, wenn die Gatten ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz im Auslande hatten.

Entsch. v. 24. Juli 1872, Nr. 6762 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des K. G. Olmütz v. 16. April 1872, Nr. 3506 und des O. L. G. Brünn v. 8. Mai 1872, Nr. 5212). G. H. 1872, S. 418.

Der im Sprengel des K. G. Olmütz wohnhafte A belangte bei diesem Gerichtshofe seine in Venedig wohnende Frau wegen Trennung der Ehe. Da nach der Schlußbestimmung des §. 14 J. N. für die Entscheidung der Rechtsangelegenheiten, in denen es sich um Ungiltigerklärung oder Auflösung einer Ehe u. s. w. handelt, derjenige Gerichtshof erster Instanz zuständig ist, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren letzten gemeinschaftlichen Wohnsitz hatten, die Beklagte B aber niemals mit dem Kläger A in dem Sprengel des K. G. Olmütz gewohnt hat, — wurde in erster und zweiter Instanz die Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ab- und der Kläger an das competente Gericht gewiesen.

In Erwägung, daß der §. 14 J. N. für Rechtsangelegenheiten, welche die Auflösung einer Ehe betreffen, von der im §. 13

ibid. aufgestellten Regel, wornach alle Klagen bei dem B. G. oder dem Gerichtshofe erster Instanz anzubringen sind, in dessen Sprengel der Beklagte zur Zeit der Anbringung der Klage den ordentlichen Wohnsitz hat, eine Ausnahme nur insoferne festsetzt, als, wenn zur Zeit der Klage die Eheleute nicht mehr einen gemeinschaftlichen Wohnsitz haben, nicht der Gerichtshof des Mannes (§. 19 ibid.), sondern derjenige Gerichtshof als competent bezeichnet wird, in dessen Sprengel ihr letztes gemeinschaftliches Domicil gelegen war, demzufolge nur im Falle der Concurrenz von zwei verschiedenen Gerichtshöfen der letztere den ersteren ausschließt; daß die J. N. lediglich die Zuständigkeit der Gerichte in den von ihr benannten Kronländern regelt, daher, wenn die Eheleute zuletzt in dem Sprengel eines ausländischen Gerichtes zusammen wohnten, die Schlußbestimmung des §. 14 J. N. gegenstandslos ist, weil dann nicht mehr zwei österreichische Gerichtshöfe concurriren, und in diesem Falle auf die allgemeine Bestimmung des §. 13 J. N. zurückgegangen werden muß; daß die Verweisung des Klägers an den Gerichtshof in Venedig sich um so weniger rechtfertigen läßt, als die Beklagte nicht aufgehört hat, österreichische Staatsbürgerin zu sein, und gemäß §. 19 J. N. und §. 92 a. b. G. B. der Gerichtsgewalt der österreichischen Justizbehörden in Bezug auf die Rechtsverhältnisse aus ihrer unter der Herrschaft des österreichischen Gesetzes geschlossenen Ehe noch immer unterworfen bleibt, — hat der oberste Gerichtshof mit Aufhebung der untergerichtlichen Verordnungen dem K. G. Olmütz aufgetragen, die Ehetrennungsklage des A mit Abstandnahme von dem geltend gemachten Abweisungsgrunde zu verbescheiden.

Nr. 4665.

Exscindirung aus einer zur Einbringung von Gebühren geführten Execution: Eidesdelation an den Fiscus.

Entsch. v. 24. Juli 1872, Nr. 7036 (Best. des das Urth. des L. G. Prag v. 14. Oct. 1871, Nr. 28612, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 14. Mai 1872, Nr. 14455). Spruchrepertorium Nr. 7. G. Z. 1872, Nr. 91. (Manz'sche Sammlung I, S. 86.)

Die Klage der A gegen die k. k. Finanzprocuratur in Vertretung des Gebührenärars peto. Eigenthum an Mobilien, die wegen einer Gebührenschuld ihres Ehemannes C bei demselben gepfändet worden waren, und Exscindirung derselben aus der Executionsmasse wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen: Klägerin hat für die behauptete und von der k. k. Finanzprocuratur in Vertretung des geklagten Gebührenärars ausdrücklich widersprochene Thatsache: „daß ihr die fraglichen Effecten von ihren Eltern als Heiratsgut aus Anlaß ihrer Verehelichung mit C gegeben und über-

geben wurden", keinen andern Beweis beigebracht, als den über selbe dem geklagten Gebührenärar, beziehungsweise in dessen Vertretung der k. k. Finanzprocuratur rückschiebbar in verneinender Form aufgetragenen Haupteid. Nachdem nun aber dieser der k. k. Finanzprocuratur nicht über ihre eigenen, sondern über fremde Handlungen aufgetragene Haupteid nach §. 207 a. G. O. unzulässig erscheint, weiters auch das Gebührenärar als blos juristische Person einen Eid überhaupt nicht ablegen kann und eine physische Person, welche ihn für das Aerar ablegen sollte, von der Klägerin gar nicht namhaft gemacht wurde (§. 32 des Hofdcr. v. 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906), mithin jene Thatsache, aus welcher die Klägerin ihr behauptetes Eigenthum der von ihr vindicirtn Effecten ableiten könnte, unerwiesen geblieben ist, so muß dieselbe mit ihrem Klagebegehren abgewiesen werden.

Unter Einem wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Dem Fiscus kann vom Richter ein Haupteid nur dann aufgetragen werden, wenn der Deferent im Proceß jene physische Person namhaft gemacht hat, welche den Haupteid für den Fiscus abzulegen hätte.

Nr. 4666.

Actio negatoria: Beweislast.

Entsch. v. 25. Juli 1872, Nr. 1962 (Best. des das Urth. des B. G. Krzeszowice v. 26. März 1871, Nr. 676, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 27. Sept. 1871, Nr. 10204). G. Z. 1872, Nr. 87.

Die A belangte den Paul B, Mitbesitzer des auf den Namen der A im Steuerkataster eingetragenen und zu ihrer Realität gezählten Feldweges Top. Nr. 1445 auf Anerkennung ihres unbeschränkten Eigenthumsrechtes an der Parcelle Nr. 1445 und Einstellung der Mitbenützung derselben, — indem sie anführte, daß erst vor einigen Jahren Thomas B in seiner Stellung als Ortsrichter diese Parcelle zum Fahren, Viehtreiben und Weiden zu ihrem Nachtheile eigenmächtig zu benutzen angefangen, sein Sohn Martin B den Mitbesitz sohin gegen Leistung weniger Giebigkeiten und Dienstverrichtungen an die Klägerin fortgesetzt, dagegen sein Nachfolger, der beklagte Paul B, denselben unbeschränkt sich zugeeignet habe. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Haupteid zur Erweisung dieser von dem Beklagten widersprochenen Anführungen, weil nach §. 323 a. b. G. B. für den Letzteren als factischen Mitbesitzer der Parcelle 1445 die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels des Besitzes spreche, die von der A durch ihre Beweisführung entkräftet werden müsse. — Von dem O. L. G. wurde dem Klagebegehren unbedingt stattgegeben

in Erwägung, daß die A das unbeschränkte Eigenthum an der Parcelle dargethan, dagegen Paul B die rechtliche Erwerbungsart der Dienstbarkeit nicht nachgewiesen hat und seine Einwendung, daß für ihn, als factischen Mitbesitzer der Parcelle Nr. 1445 die rechtliche Vermuthung eines giltigen Besitztitels spricht, nicht berücksichtigt werden kann, weil die im §. 323 a. b. G. B. ausgesprochene Vermuthung nur die Rechtsfolge nach sich zieht, daß der Besitzer einer Sache nur auf dem Wege des Aufforderungsprocesses zur Nachweisung der Giltigkeit seines Besitztitels nicht gezwungen werden darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil. Gründe: Das von dem Beklagten angesprochene Recht, den zur Realität der Klägerin gehörigen Fahrweg zu benützen, mag als Dienstbarkeit, oder als Ausfluß eines früher bestandenen Miteigenthumes aufgefaßt werden, immer wird die Klägerin beweisen müssen, daß ihr und ihrer Vorfahren Besitz ein unbeschränkter gewesen, — wogegen dem Belangten obliegen wird, den Titel seines Rechtes nachzuweisen. Die Klägerin hat nun durch den Auszug aus der Katastralvermessung nachgewiesen, daß der Weg unter der Parcelle Nr. 1445 zu ihrer Realität gehöre, was übrigens der Belangte auch nicht in Abrede stellte, — und durch die Zeugenaussagen ist der Beweis hergestellt, daß ihr Vater diesen Weg lange vor Aufhebung der Robot und auch nach Aufhebung derselben ausschließlich benützt habe. Ist das aber der Fall, dann müßte in letzter Zeit zu Gunsten des Belangten eine Veränderung bewirkt, und der A eine Beschränkung auferlegt worden sein und es ist offenbar, daß den Eintritt dieser Veränderung der Belangte zu beweisen hätte, der sich hier auf die Vermuthung des §. 323 a. b. G. B. nicht mehr berufen kann, weil die Klägerin bereits den Gegenbeweis geliefert hat.

Nr. 4667.

Expromission: Unzulässigkeit der Geltendmachung der dem früheren Schuldner zustehenden Einreden.

Entsch. v. 25. Juli 1872, Nr. 6985 (Best. des das Urth. des B. G. Smichow v. 5. April 1872, Nr. 3303, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 23. Mai 1872, Nr. 15104). Spruchrepertorium Nr. 9. G. Z. 1872, Nr. 91. (Manz'sche Sammlung I, S. 87.)

Von der verbrieften Darlehensschuld des C pr. 102 fl. hat dessen Mutter B den Theilbetrag von 95 fl. übernommen. Vom Gläubiger A auf die Zahlung dieser letzteren Summe belangt, erhob sie unter Anderem die Einwendung der Minderjährigkeit des C zur Zeit der Contrahirung des Darlehens und jene der nicht vollständigen Zuzählung des verschriebenen Darlehensbetrages (statt 102 fl. nur 50 fl.).

Der oberſte Gerichtshof hat aus den nachſtehenden Gründen mit Verwerfung der vorerwähnten Einreden dem Klagebegehren ſtattgegeben: Die Geklagte hat zugeſtanden, von der Schuld ihres Sohnes an den Kläger die Theilſumme pr. 95 fl. zur Selbſtzahlung derart übernommen zu haben, daß ſie ſich verpflichtete, dieſen Betrag in einvierteljährigen, mit Lichtmeß 1871 beginnenden Raten zu bezahlen. Wenn Jemand mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld eines Anderen als Alleinzahler übernimmt, ſo geſchieht laut der §§. 1344 u. 1345 a. b. G. B. keine Befeſtigung, ſondern eine Umänderung der Verbindlichkeit. Der Alleinzahler tritt als neuer Schuldner ein und der bisherige Schuldner wird dadurch von ſeiner Verbindlichkeit frei. Unverkennbar iſt auch im vorliegenden Falle der Rechtsgrund der Verpflichtung der Geklagten ein ganz ſelbſtſtändiger; er liegt in dem von ihr zur Befreiung des Sohnes abgegebenen unbedingten Zahlungsverſprechen: letzteres ſollte nach dem Zwecke des Uebereinkommens, welches vor dem militäriſchen Vorgeſetzten des minderjährigen C getroffen wurde, an die Stelle der Schuld des Genannten treten und ſelbe aufheben. Hiernach können Einwendungen, welche gegen die bisherige Forderung zuſtanden, wider die neue nicht geltend gemacht werden. Was ſpeciell den Einwand der Minderjährigkeit des urſprünglichen Schuldners anbelangt, läßt ſich die Legitimation dazu aus §. 1351 a. b. G. B. ſchon deshalb nicht herleiten, weil dieſer Paragraph vermöge ſeiner Stellung unter den die Bürgſchaft betreffenden Normen nur von der bürgſchaftlichen Uebernahme einer Schuld zu verſtehen iſt, die Geklagte aber — wie bereits gezeigt — nicht als Bürge, ſondern als Alleinzahlerin intercedirte. Wollte man übrigens den §. 1351 a. b. G. B. zugleich auf die Schuldübernahme ſeitens des Alleinzahlers beziehen, ſo müßte auch gegen letzteren die Beſtimmung des §. 1352 a. b. G. B. Anwendung finden, da kein Grund abzuſehen iſt, warum, wenn der Bürge, welcher nur eine acceſſoriſche Verbindlichkeit eingeht, dem Gläubiger die Minderjährigkeit des Hauptſchuldners nicht entgegenſetzen darf, der Alleinzahler hiezu berechtigt wäre, nachdem er doch als ſelbſtſtändiger Schuldner eine viel ſtrengere Verbindlichkeit auf ſich genommen. — Aus dieſen Gründen war die Geklagte, die nichts vorzubringen vermochte, was die Rechtswirkſamkeit ihres eigenen Zahlungsverſprechens in Frage ſtellen würde, nach dem Klagebegehren zu verurtheilen.

Zugleich wurde die Eintragung des folgenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Die Uebernahme einer fremden Schuld — Expromiſſion (§. 1345 a. b. G. B.) — iſt ein Neuerungsvertrag und können Einwendungen, welche dem früheren Schuldner zuſtanden, von dem neuen Schuldner nicht geltend gemacht werden.

Nr. 4668.

Verpflichtung des Vaters zur Bestreitung der Beerdigungskosten für sein uneheliches Kind.

Entsch. v. 25. Juli 1872, Nr. 7209 (Best. des Urth. des B. G. Falkenau v. 10. März 1872, Nr. 2005, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 13. Mai 1872, Nr. 12614). Spruchrepertorium Nr. 10. G. Z. 1872, Nr. 92. (Manz'sche Sammlung I, S. 88.)

In dem Proceß der A gegen B peto. Ersatz der von der Klägerin bestrittenen Kosten des Begräbnisses der vom Beklagten mit ihr außer der Ehe erzeugten C wurde das in erster Instanz gegen Haupteid der Klägerin, daß sie diese Kosten bestritten habe, zugelassene Klagebegehren vom O. L. G. aus folgenden Gründen unbedingt abgewiesen: Der Vater eines unehelichen Kindes ist nach §. 167 a. b. G. B. zur Verpflegung desselben verbunden und nach §. 166 ebenda liegt ihm gemeinschaftlich mit der Mutter auch die Verpflichtung ob, das Kind zu erziehen und zu versorgen. Diese Verbindlichkeiten des Vaters setzen das Leben des Kindes voraus; nach dessen Tod legt das Gesetz dem Vater keine Verbindlichkeit auf. Was insbesondere die Beerdigungskosten betrifft, so haften dieselben nach §. 549 a. b. G. B. auf der Erbschaft, d. i. Verlassenschaft des Verstorbenen. In dem Vermögen des unehelichen Kindes gebührt jedoch nach §. 756 a. b. G. B. nur der Mutter die Erbfolge und ist der Vater davon ausdrücklich ausgeschlossen. Der Letztere hat mithin auch nach diesen gesetzlichen Bestimmungen keine Verbindlichkeit zur Bestreitung der Begräbnißkosten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Daß auch der uneheliche Vater verpflichtet sei, die Kosten der Beerdigung des Kindes zu tragen und, wenn dieselben — wie im vorliegenden Falle — inzwischen von einem Dritten gedeckt worden sind, dem letzteren zu vergüten, ergibt sich klar genug aus der Natur der Sache, aus dem Wortlaute der §§. 166, 167 und 1042 a. b. G. B. und aus dem Geiste dieser zum Schutze der unehelichen Kinder und zur Deckung ihrer leiblichen Bedürfnisse erlassenen Gesetze, während aus den für die entgegengesetzte Anschauung geltend gemachten Bestimmungen des §. 549 a. b. G. B. nicht hervorgeht, daß der uneheliche Vater des verstorbenen Kindes, welches kein eigenes Vermögen hinterließ, nicht angehalten werden könne, die Kosten der angemessenen Leichenbestattung zu tragen und dadurch dem Kinde den letzten Dienst der leiblichen Pflege zu leisten.

Es wurde beschlossen, den nachstehenden Satz in das Spruchrepertorium einzutragen: Der uneheliche Vater ist nach Maßgabe und während der Dauer seiner Alimentationspflicht auch verbunden, die Kosten der angemessenen Bestattung seines mit Tod abgegangenen Kindes zu bestreiten.

Nr. 4669.

Verjährungsfrist des Anspruches des Fruchtnießers auf Herausgabe oder Ersatz der ihm vorenthaltenen Früchte.

Entsch. v. 25. Juli 1872, Nr. 7564 (Best. des das Urth. des B. G. Pettau v. 20. Februar 1872, Nr. 904, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 11. April 1872, Nr. 4002). Spruchrepertorium Nr. 11. G. Z. 1872, Nr. 92. (Manz'sche Sammlung I, S. 89.)

Nach dem Begehren des Klägers A sollte die Beklagte B in Erfüllung des Kaufvertrages vom 5. Jänner 1856, womit A der B mehrere Liegenschaften unter Vorbehalt des lebenslänglichen halben Fruchtgenusses an einem Weingarten verkauft hatte, verurtheilt werden, ihm die Hälfte des von dem Beklagten durch 12 Jahre bezogenen Ertrages, d. i. 22 Halbstartin Wein in natura herauszugeben, widrigenfalls der Kläger berechtigt wäre, das Aequivalent im Betrage von 240 fl. im Executionswege von ihr einzutreiben. Die Beklagte vertheidigte sich gegen den Anspruch unter anderem mit der Einrede der Triennalverjährung der über die letzten drei Jahre, von der Klage zurückgerechnet, hinausgehenden Forderung der Früchte nach §. 1480 und 1489 a. b. G. B. — Das Gericht erster Instanz hat der Verjährungseinrede nach §. 1480 a. b. G. B. stattgegeben und demgemäß die Zulassung des Klageanspruches auf die letzten drei Jahre beschränkt. — Vom O. L. G. wurde das Klagebegehren im vollen Umfange zugelassen und die Einwendung der Triennalverjährung nach beiden Richtungen aus folgenden Gründen verworfen. Die Forderungen des Klägers haben nicht die Natur von Forderungen an rückständigen jährlichen Abgaben, Zinsen, Renten, Dienstleistungen (§. 1480 a. b. G. B.), da er nicht den Ersatz für rückständige Leistungen aus dem Vermögen der Beklagten, sondern nur die Herausgabe dessen fordert, was die letztere widerrechtlich bezogen und was ihr niemals gebührt hat. Allein auch der §. 1489 a. b. G. B. kann hier keine Anwendung finden, weil derselbe eine Entschädigungsklage und vor Allem einen Schaden im Sinne des Gesetzes voraussetzt, welche Voraussetzungen hier nicht eintreten.

Auf die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten, worin sie die Verjährung nach §. 1489 a. b. G. B. neuerlich geltend machte, weil der Titel des Klägers nur auf Ersatz des durch Verhinderung des Usufructuar zugefügten Schadens sich stütze, somit die Natur der nach dem citirten Paragraph in drei Jahren verjährenden Entschädigungsklage habe, — hat der oberste Gerichtshof das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen bestätigt und zugleich die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Die Klage des Fruchtnießers gegen den Eigenthümer auf Herausgabe oder den Ersatz der von dem letzteren bezogenen, vor mehr als drei Jahren abgereiften Naturalfrüchte unterliegt nicht der Verjährung des §. 1489 a. b. G. B.

Nr. 4670.

Paternitätsklage: Außergerichtliches Geſtändniß? Reihenfolge der Beweisführungen über die Identität des Kindes und über die Beiwohnung.

Entſch. v. 30. Juli 1872, Nr. 7541 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des L. G. Graz v. 20. Oct. 1871, Nr. 19813 und des O. L. G. Graz v. 10. April 1872, Nr. 2283). G. Z. 1872, Nr. 86.

In der von dem Vormunde der unehelich gebornen minderjährigen Marianne A... unter Vertretungsleiſtung ihrer Mutter Marie C... gegen B angeſtellten Klage peto. Paternität, Leiſtung der Alimente und Pränotationsrechtfertigung, wurde angeführt, daß die C... im Jahre 1861 mit dem falſchen Zunamen A... ſich in dem Gebärhauſe zu X aufnehmen ließ, dort am 18. November 1861 von einem Mädchen entbunden wurde, das bei der Taufe den Namen Marianne erhielt und in dem Taufbuche mit dem Zunamen A..., den die Mutter ſich beigelegt hatte, eingetragen ward, und daß der Beklagte der Vater dieſes Mädchens ſei, da er der C... während der kritiſchen Zeit beigewohnt habe. Der Beklagte leugnete, daß er mit der C... innerhalb der entſcheidenden Zeit fleiſchlichen Umgang gepflogen, daß die C... bei ihrer Aufnahme in dem Gebärhauſe ſich den falſchen Zunamen A... beigelegt habe, daß er der Vater des von ihr am 18. November 1861 gebornen Mädchens und daß dieſes Mädchen und die Marianne A..., für welche die Klage angeſtellt wurde, eine und dieſelbe Perſon ſeien; nur ließ er gelten, daß die Letztere durch einige Zeit bei ihm ſelbſt verpflegt worden iſt. Gegen dieſe Widerſprüche wurde von der klagenden Partei der Auszug aus einem bei dem Militärgerichte zu X mit dem Beklagten aufgenommenen Verhöre beigebracht, welcher die Erklärung desſelben enthält, „daß er ſich als den natürlichen Vater des Kindes Marianne A... bekenne", um damit die von ihm geleugnete Vaterſchaft zur Klägerin Marianne A... zu beweiſen; es wurde ferners durch zwei in dem Gebärhauſe zu X dienende Wärterinnen die Führung des Beweiſes verſucht, daß die C... bei ihrem Eintritte in die Gebäranſtalt ſich den Zunamen A... gegeben habe, welcher Beweis aber mißlang, da die Wärterinnen aus eigenem Wiſſen darüber nichts zu ſagen vermochten; endlich wurde noch dem Beklagten der an die Marie C... zurückſchiebbare Haupteid darüber aufgetragen, 1. daß die C... in dem Gebärhauſe unter dem fingirten Namen A... ſich aufnehmen ließ, dort am 18. November 1861 ein Mädchen gebar, welches in dem Taufbuche mit dem von der C... angegebenen Zunamen A..., ſtatt C..., eingetragen wurde und daß dieſes Kind mit der von dem klagenden Vormunde vertretenen Marianne A... identiſch iſt; 2. daß der Beklagte der C... in dem Zeitraume zwiſchen 10 und 6 Monaten vor ihrer Entbindung fleiſchlich beigewohnt hat. — Die Pfandrechtspränotation

(auf einer Liegenschaft des Beklagten zur Sicherstellung der Alimentenforderung), deren Rechtfertigung unter Einem mit der angestellten Klage intendirt wurde, war lediglich auf Grund des vorerwähnten Auszuges des mit dem Beklagten bei dem Militärgerichte zu X aufgenommenen Verhörsprotokolles bewilligt worden. — Beide Untergerichte erkannten auf den rückschiebbaren Haupteid und verurtheilten den Beklagten nach dem Klagebegehren nur in dem Falle des damit erbrachten Beweises der oben unter 1. und 2. angeführten Umstände. Dagegen wurde von der klagenden Partei die a. o. Revisionsbeschwerde ergriffen und hervorgehoben: es sei ungerecht, daß von den Untergerichten das beigebrachte Geständniß des Geklagten, womit er sich als natürlicher Vater der Marianne A... einbekannte, — obwohl die erste Instanz als Realgericht das bezügliche Protokoll laut des erlassenen Pränotirungsbescheides schon als eine vollkommen glaubwürdige Urkunde qualificirt hatte — nicht als außergerichtliches Geständniß und als vollen Beweis der Vaterschaft im Sinne des §. 163 a. b. G. B. oder doch wenigstens in Verbindung mit den über die Aufnahme der Kindesmutter in das Gebärhaus vorliegenden Zeugenaussagen als halbe nur durch den Erfüllungseid zu ergänzende Probe hiefür angesehen, sondern daß ohne jede Rücksicht auf jenes Geständniß auf den negativen Eid des Geklagten über die fleischliche Beiwohnung mit Maria C... erkannt worden sei; ebenso sei es nicht zu rechtfertigen, daß noch vor diesem Eide über die fleischliche Beiwohnung und in erster Linie ein anderer negativer Eid des Geklagten, nämlich der eidliche Widerspruch der anderen Klagethatsachen, insbesondere der Aufnahme der Marie C... in das Gebärhaus unter falschem Zunamen, und der Geburt des mit demselben Zunamen in das Taufbuch eingetragenen Kindes, zugelassen worden sei; denn diese Thatsachen seien der Beiwohnung nachgefolgt; wenn daher der Geklagte — nach der Reihenfolge in der urtheilsmäßigen Delation des Haupteides — dieselben zuerst eidlich verneint, so könne es dann zu dem Hauptbeweise über die Beiwohnung gar nicht mehr kommen.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Revisionsbeschwerde aus folgenden Gründen: Wenn bei dem Widerspruche gegen die Identität der Marianne A..., die selbst beim Geklagten Aufnahme fand, mit dem nach Behauptung der Klage von Maria C... im Gebärhause gebornen und auf den Namen Marianne A... getauften Kinde, beide Untergerichte in der von dem Geklagten abgegebenen, jedoch nur in einem Verhörsauszuge der Klage beigelegten Erklärung weder ein vollen Beweis machendes außergerichtliches Geständniß, noch in Verbindung mit den gerade die Identitätsfrage offenlassenden Zeugenaussagen auch nur einen halben Beweis für hergestellt erachteten, so kann darin weder eine Gesetzesverletzung noch eine offenbare Ungerechtigkeit erkannt werden, weil der Verhörsextract, auf welchen bei Entscheidung der Sache allein Rücksicht genommen werden kann, in

dem als ein außergerichtliches Geständniß anzunehmenden einzigen Satze zu unbestimmt lautet und hiedurch der Beweis der bestrittenen Identität nicht hergestellt wird. Aber auch nicht der Umstand, daß als erster Beweissatz die Feststellung der Geburt des in der Klage bezeichneten, auf Marianne A... getauften Kindes durch Marie C... aufgestellt wurde, kann einen Anlaß zur Abänderung der gleichlautenden untergerichtlichen Erkenntnisse bieten, indem erst nach Erbringung dieses Beweises das Factum der fleischlichen Beiwohnung, innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes, der Marie C... mit dem Geklagten die Vermuthung der Vaterschaft des Letzteren zur Marianne A... zu begründen vermag.

Nr. 4671.

Hemmung der Immobilienexecution im Falle der erhobenen Eigenthumsklage eines Dritten.

Entsch. v. 30. Juli 1872, Nr. 7678 (Best. des das Decr. des B. G. Curzola v. 31. März 1872, Nr. 587, abänd. Decr. des O. L. G. Zara v. 18. Mai 1872, Nr. 2324). Spruchrepertorium Nr. 13. G. Z. 1872, Nr. 93. (Manz'sche Sammlung I, S. 91.)

Gleichzeitig mit der Klage, welche A gegen B auf Anerkennung seines Eigenthumes an mehreren Liegenschaften und Ungiltigerklärung der vom Beklagten gegen seinen (des Beklagten) Schuldner auf jene Liegenschaften geführten Execution angebracht hatte, begehrte der Kläger unter Bescheinigung des Eigenthumsanspruches die Suspension der bereits angeordneten dritten und letzten Versteigerung der in Dalmatien belegenen Grundstücke. Dieses in erster Instanz abgewiesene Gesuch wurde in Erwägung, daß nicht der Execut wegen eingetretener Erlöschung des Executionsrechtes, sondern ein Dritter zur Wahrung seines Eigenthumes an den in Execution gezogenen Gütern die Nichtigerklärung der Execution gegen den Executionsführer begehrt, mithin nicht die Gubernial-Notification vom 31. Jänner 1828, Nr. 1895 (in der J. G. S. Hofdecret vom 22. Juni 1836, Nr. 145), sondern das Justizhofdecret vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, hier zur Anwendung zu kommen hat; daß die Identität der in Execution gezogenen Güter mit den Liegenschaften, welche in den vom Kläger zur Begründung des Eigenthumsanspruches vorgelegten Urkunden aufgeführt sind, vom Gegner nicht abgeleugnet und von demselben ebensowenig die Giltigkeit der besagten Urkunden angefochten wurde; daß es sich hier um die dritte Versteigerung, somit um einen Executionsact von unheilbarer Folge (atto irreparabile) handelt; daß der Kläger mit den producirten Urkunden das Eigenthum genügend bescheinigt hat und es hier nicht auf den genauen und unwiderlegbaren Eigenthumsbeweis ankommt, dessen Führung dem

Hauptproceſſe peto. Nullität der Execution vorbehalten bleibt; daß, wenn der Kläger nach Inhalt der producirten Beſcheinigungsmittel nicht Alleineigenthümer der fraglichen Liegenſchaften iſt, dieſer Umſtand nichts entſcheidet, weil jeder Miteigenthümer einer gemeinſchaftlichen Sache befugt iſt, die zur Bewahrung derſelben nöthigen Schritte zu unternehmen, vom O. L. G. mit Berufung auf §. 3 des citirten Hofdecr. vom 29. Mai 1845, Nr. 889 bewilligt.

Auf den Recurs des Executionsführers hat der oberſte Gerichtshof 1. die Entſcheidung des O. L. G. mit Bezugnahme auf die Gründe derſelben beſtätigt, und 2. die Eintragung des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Der §. 3 des Hofd. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, iſt vermöge Analogie auch bei Executionsführungen auf unbewegliche Güter anwendbar.

Nr. 4672.

Klage auf Entſchädigung wegen Bruches des Beſtandvertrages durch Verkauf: Unanwendbarkeit des Verfahrens in Beſtandſtreitigkeiten.

Entſch. v. 30. Juli 1872, Nr. 8054 (Beſt. des das Decr. des B. G. Benatek v. 10. Mai 1872, Nr. 1915, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 3. Juni 1872, Nr. 17133). G. H. 1873, S. 65.

Die bei dem Gerichte der belegenen Sache nach §. 1 der kaiſerl. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Verfahren in Beſtandſtreitigkeiten) angebrachte Klage der Pächter A gegen den Verpächter B peto. Schadenerſatz wegen der durch den Verkauf der verpachteten Mühle herbeigeführten Auflöſung des Pachtes vor Ablauf der vertragsmäßigen Pachtzeit, wurde von dem angerufenen Gerichte aufrecht verbeſchieden, von dem O. L. G. zurück- und an die Perſonalinſtanz des Beklagten gewieſen.

Auf den Recurs der Kläger beſtätigte der oberſte Gerichtshof die Verordnung der zweiten Inſtanz, weil aus dem §. 1 der citirten Verordnung deutlich hervorgeht, daß nur die Streitigkeiten aus Beſtandverträgen, d. i. jene Streitigkeiten, bei denen es ſich um Geltendmachung der in dem Beſtandvertrage ſelbſt ſtipulirten Rechte und Verbindlichkeiten, um Aufkündung eines Beſtandvertrages oder, nach deſſen Auflöſung, um Zurückſtellung der unbeweglichen oder in dem Geſetze für unbeweglich erklärten Beſtandſache handelt, vor das B. G. der belegenen Sache gehören, die Klage der Pächter A jedoch zu dieſer Kategorie nicht gehört, da mit derſelben kein Recht aus dem Beſtandvertrage, ſondern das, wenngleich anläßlich, doch außerhalb desſelben und nur durch das Geſetz (§. 1120 a. b. G. B.) begründete Entſchädigungsrecht wegen vorzeitiger Auflöſung des Beſtandvertrages geltend gemacht wird, daher dieſe Klage als eine reine Perſonalklage bei der Perſonalinſtanz des Gegners anzubringen iſt.

Nr. 4673.

Selbſtſtändige Berechtigung eines zum Incaſſo Beauftragten zur Klage auf Nachzahlung des Abganges.

Entſch. v. 31. Juli 1872, Nr. 6350 (Beſt. des das Urth. des H. G. Wien v. 8. März 1872, Nr. 130727, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 28. Mai 1872, Nr. 6326). Jur. Bl. 1873, Nr. 8.

A hatte für ſeinen Principal C bei dem Handelsmanne B 7314 fl. einzucaſſiren. Er behauptet, dort um 50 fl. zu wenig bekommen und den Abgang erſt bei dem Erlage im Comptoir des C entdeckt zu haben, und belangte nun den B auf Nachzahlung von 50 fl. unter Auftragung des Haupteides über den Umſtand, daß ihm ſtatt 7314 fl. nur 7264 fl. ausgezahlt wurden. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte gegen das Klagebegehren, weil der Kläger nicht bewies, ſeinem Principal die 50 fl. erſetzt, mithin durch die unvollſtändige Zahlung einen Schaden erlitten zu haben.

In Uebereinſtimmung mit der zweiten Inſtanz verurtheilte der oberſte Gerichtshof den Beklagten zur Zahlung der angeſprochenen 50 fl. gegen Ableiſtung des obigen, von ihm zurückgeſchobenen Haupteides durch den Kläger. Gründe: B kann dem Klageanſpruch nicht die Einwendung entgegenſetzen, daß zu demſelben A in eigener Perſon nur dann berechtigt wäre, wenn er die 50 fl. ſeinem Principal erſetzt hätte. Denn daß A dem Letzteren dafür haftet und zum Erſatze verpflichtet iſt, ergibt ſich aus dem Mandatsverhältniſſe, und ob der Principal den Erſatzanſpruch gegen A ſchon verfolgt hat, oder verfolgen wird, iſt für die Verbindlichkeit des B ganz gleichgiltig, da ihm, ſelbſt wenn A ſeinem Principal keinen Erſatz zu leiſten hätte, kein Recht auf die nichtgezahlten 50 fl. erwachſen würde und andererſeits B auch gegen jeden Anſpruch des Principals des A geſichert iſt, wenn er dem Letzteren, der zum Incaſſo der ganzen Summe ermächtigt war, die abgängigen 50 fl. nachzahlt.

Nr. 4674.

Erſitzung einer Servitut: Berechnung der Erſitzungszeit im Fall der Aufeinanderfolge hinſichtlich der Erſitzungsdauer privilegirter und nichtprivilegirter Perſonen.

Entſch. v. 31. Juli 1872, Nr. 7792 (Beſt. des das Urth. des B. G. Lavis v. 29. Auguſt 1871, Nr. 3626, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 30. April 1872, Nr. 4495). Spruchrepertorium Nr. 12. G. Z. 1872, Nr. 92 und 1873, Nr. 40. (Manz'ſche Sammlung I, S. 60.)

Gegen die negatoriſche Klage des A wider B peto. Freiheit ſeines Hauſes von einer Servitut vertheidigte ſich der Beklagte mit der Ein-

rede der durch einen Servitutsbesitz von 30 Jahren und 4 Monaten vollendeten Ersitzung der Dienstbarkeit. Von dieser Besitzzeit fielen 24 Jahre in die Zeit, als das Haus des Klägers noch Eigenthum der — nach §. 1472 a. b. G. B. begünstigten — Gemeinde C war, die es dem Kläger verkauft hat, und nur der Rest fällt in die Zeit seines Eigenthums. Mit Abänderung des Urtheils des Gerichtes erster Instanz, welches der Ersitzungseinrede stattgab, hat das O. L. G. entschieden, daß die Ersitzung zur Zeit der angebrachten Klage noch nicht vollendet war, mithin dem Klagebegehren stattzugeben sei. Das Obergericht hielt dafür, daß das im §. 1472 a. b. G. B. der Gemeinde C eingeräumte Privilegium, ihrem Successor, dem Kläger, weder vollständig zugutekommen, noch gänzlich vorenthalten werden dürfe, sondern daß nach dem Verhältniß von 40 Jahren (Ersitzungszeit gegen privilegirte Personen) zu 30 Jahren (Ersitzungszeit gegen nicht privilegirte Personen) die 24 Jahre, durch welche der Beklagte die Servitut noch gegen die Gemeinde ausgeübt hat, demselben als 18 Jahre Besitzzeit anzurechnen seien, wonach auch mit Hinzufügung der 6 Jahre und 4 Monate, durch welche der Beklagte die Servitut gegen den Kläger besaß, die Usucapion von 30 Jahren eben nicht vollendet war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz und erklärte in seinen Motiven die obergerichtliche Berechnung mit der Bemerkung für richtig, daß man andernfalls auf das Absurdum käme, daß die Ersitzung, welche gegen den privilegirten Auctor erst in 10 Jahren und einen Tag vollendet sein würde, gegen den nicht privilegirten Nachfolger, welcher die Sache am letzten Tag der 30jährigen Zeit des Besitzes seines Gegners an sich gebracht hat, in einem Tag vollendet wäre.

Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: In dem Falle, wo es sich gegen den nach §. 1472 a. b. G. B. nicht begünstigten Rechtsnachfolger einer Person, welcher jene Begünstigung zu Statten kam, für den Usucapienten um die Einrechnung der Zeit seines noch gegen den Vormann ausgeübten Besitzes handelt, ist dieselbe mit jenem Quotienten in Anschlag zu bringen, der dem Verhältniß der Ersitzungszeit gegen privilegirte Personen zur Ersitzungszeit gegen nicht Privilegirte entspricht.

Nr. 4675.

Zeitliche Collision der Gesetze: Unzulässigkeit des a. o. Revisionsrecurses in Grundbuchssachen gegen bereits unter der Herrschaft des neuen Grundbuchsgesetzes ergangene Entscheidungen der zweiten Instanz.

Entsch. v. 31. Juli 1872, Nr. 7983. Jur. Bl. 1873, Nr. 10.

Der das Pfandrechtspränotationsgesuch des A abweisende Bescheid des Gerichtes erster Instanz wurde noch unter der Herrschaft

der früheren Grundbuchsgesetze erlassen. Die den erstgerichtlichen Bescheid bestätigende Verordnung der zweiten Instanz fiel in die Zeit der Herrschaft des allgem. Grundb. G. v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr 95.

Der A ergriff den a. o. Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe a limine zurückgewiesen wurde, weil, wenn auch das Pränotationsgesuch nach den Gesetzen zu beurtheilen wäre, unter deren Herrschaft es angebracht wurde, die Frage nach der Zulässigkeit des Recurses gegen die obergerichtliche Verordnung nach dem zur Zeit der Anbringung des Recurses bereits wirksamen allgem. Grundbuchsgesetze vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, zu entscheiden ist, welches im §. 130 den Recurs gegen die obergerichtliche Abweisung des gegen den erstgerichtlichen Bescheid ergriffenen Recurses für unstatthaft erklärt.

Nr. 4676.

Zeitliche Collision der Gesetze: Unzulässigkeit des a. o. Revisionsrecurses in Grundbuchssachen gegen bereits unter der Herrschaft des neuen Grundbuchsgesetzes ergangene Entscheidungen der zweiten Instanz.

Entsch. v. 31. Juli 1872, Nr. 7985. Jur. Bl. 1872, Nr. 26.

Der oberste Gerichtshof hat den in einer Grundbuchssache gegen die gleichförmigen Entscheidungen beider Untergerichte ergriffenen Revisionsrecurs einer Partei zurückgewiesen, weil, wenngleich das Grundbuchsgesuch noch vor dem 16. Februar 1872, dem Tage des Anfangs der Wirksamkeit des allgem. Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, angebracht wurde, die Zulässigkeit des Recurses gegen die erst nach dem Eintritte der Wirksamkeit des Grundbuchsgesetzes ergangene Recursentscheidung des O. L. G. nach diesem Gesetze zu beurtheilen ist, welches in dem §. 130 den Recurs gegen die obergerichtliche Abweisung des gegen eine Entscheidung des Gerichtes erster Instanz ergriffenen Recurses für unstatthaft erklärt.

Nr. 4677.

Zeitliche Collision der Gesetze: Unzulässigkeit des a. o. Revisionsrecurses in Grundbuchssachen gegen bereits unter der Herrschaft des neuen Grundbuchsgesetzes ergangene Entscheidungen der zweiten Instanz.

Entsch. v. 1. August 1872, Nr. 7939. Jur. Bl. 1872, Nr. 26.

Sachverhalt und Entscheidung wie bei Entscheidung vom 31. Juli 1872, Nr. 7985 (Nr. 4676 der Sammlung).

Nr. 4678.

Zeitliche Collision der Gesetze: Unzulässigkeit des a. o. Revisionsrecurses in Grundbuchssachen gegen bereits unter der Herrschaft des neuen Grundbuchsgesetzes ergangene Entscheidungen der zweiten Instanz.

Entsch. v. 6. August 1872, Nr. 8052 (Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 28. Mai 1872, Nr. 16140). G. Z. 1872, Nr. 91.

Der a. o. Recurs des A gegen die gleichförmigen, sein Pfandrechtspränotationsgesuch vom 8. Februar 1872 gegen B abweisenden Bescheide der ersten Instanz (v. 20. Februar 1872) und des O. L. G. wurde von der ersten Instanz nach dem §. 130 des neuen Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, als unzulässig a limine zurückgewiesen. — Das O. L. G. verordnete die Annahme des Recurses, weil das neue Grundbuchsgesetz, da es nach Art I des Einführungsgesetzes erst am 16. Februar 1872 in Wirksamkeit trat und nach §. 93 des Gesetzes der Zeitpunkt, in welchem ein Ansuchen bei dem Grundbuchsgerichte einlangt, für die Beurtheilung dieses Ansuchens entscheidend ist, auf das noch am 8. Februar 1872 angebrachte Pränotationsgesuch des A in keiner Instanz angewendet werden kann, durch die früheren Grundbuchsgesetze aber der a. o. Recurs nicht ausgeschlossen war.

In Erwägung, daß die Frage nach der Zulässigkeit von Rechtsmitteln formelles Recht betrifft, daher abweichend von der dem materiellen Rechte angehörenden Bestimmung des §. 5 a. b. G. B., daß Gesetze nicht zurückwirken, nicht nach den zur Zeit der Ueberreichung eines Grundbuchsgesuches bestandenen, sondern nach jenen Vorschriften über das Verfahren in Grundbuchssachen zu beantworten ist, unter deren Herrschaft von einem Rechtsmittel Gebrauch gemacht werden soll — ein Grundsatz, welchen die österreichische Gesetzgebung im Abs. VIII der Just.-Minist.-Verordn. vom 16. September 1852, betreffend die Einführung einer provisorischen Civilproceßordnung in Ungarn, auch ausdrücklich anerkannte, bestätigte der oberste Gerichshof die erstgerichtliche Zurückweisung des Recurses.

Nr. 4679.

Miethvertrag mit cassatorischer Clausel: Verschulden des Miethers in Betreff der pünktlichen Entrichtung des Miethzinses?

Entsch. v. 6. August 1872, Nr. 8241 (Best. des das Urth. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 29. Juni 1872, Nr. 11781, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 17. Juli 1872, Nr. 13625). Jur. Bl. 1872, Nr. 29.

In dem Vertrage, mit welchem die C den ersten Stock ihres Hauses dem A auf 5 Jahre bis November 1873 vermiethete, wurde

die Zahlung des Miethzinſes in vierteljährigen Terminen: 1. November, 1. Februar, 1. Mai und 1. Auguſt bedungen und ſtipulirt, daß in dem einzigen Falle der Verſäumung dieſer geſetzlichen Zinszahlungstermine die Vermietherin, ihre Erben oder ſonſtigen Rechtsnachfolger berechtigt ſeien, die Miethe ohne Rückſicht auf die vertragsmäßige Dauer ſofort halbjährig aufzukünden. Der Vertrag wurde zur Sicherſtellung der Beſtandrechte des A (§§. 1095 und 1121 a. b. G. B.) auf dem Miethhauſe intabulirt. Nachdem die C noch den am 1. Februar 1872 fälligen Miethzins eingenommen hatte, verkaufte ſie das Haus der Suſanne B. Die Miethparteien wurden von der Perſon des neuen Eigenthümers und von deſſen Wohnung nicht verſtändigt und erſt wenige Tage vor dem 1. Mai 1872 erſchien die im Hauſe wohnende D bei ſämmtlichen Parteien, um ihnen anzukündigen, daß am 1. Mai der neue Hausherr in das Haus kommen und den Zins eincaſſiren werde, deſſen Zahlung von ihnen bisher immer in dem Miethhauſe geleiſtet worden war. In Folge dieſer Anzeige erwarteten die Parteien am 1. Mai den neuen Hausherrn, der aber nicht kam, noch einen Bevollmächtigten ſchickte, ſo daß an dieſem Tage nicht Eine Partei den Zins zahlen konnte. Da auch am 2. Mai Niemand kam, begab ſich A zu dem Mathias B (Ehegatten der Hauskäuferin Suſanne B), der ihm als der neue Eigenthümer bezeichnet wurde, um dort den Miethzins zu erlegen. Von dem B wurde er zu dem Notar E geſchickt, und als dieſer den Zins nur mit dem Vorbehalte annehmen wollte, daß das Miethrecht des A erloſchen und der Hauseigenthümer berechtigt ſein ſollte, ihm ſofort halbjährig zu kündigen, deponirte A am 8. Mai den Betrag des Miethzinſes bei Gericht. Darauf erhielt er von der Hauseigenthümerin Suſanne B die Mithkündigung auf das nächſte Halbjahr wegen verzögerter Zahlung des Miethzinſes; er beſtritt aber die Wirkſamkeit derſelben auf Grund des vorſtehenden Sachverhaltes. — Das Gericht erſter Inſtanz entſchied für den Rechtsbeſtand der Aufkündigung. Das O. L. G. erklärte ſie für unwirkſam.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Entſcheidung der zweiten Inſtanz. Gründe: Die B gibt zu, daß A weder vor dem 1. Mai noch an dieſem Tage von der Veränderung der Perſon des Hauseigenthümers verſtändigt und daß der am 4. und 5. Mai von dem A angebotene Zins vorbehaltlos nicht angenommen wurde. Wenn auch kein Geſetz vorſchreibt, daß die Veränderung in der Perſon des Vermiethers oder des zur Einhebung des Miethzinſes Berechtigten den Miethern bekannt gegeben werde, ſo verſteht ſich eine ſolche Bekanntgabe von ſelbſt und iſt auch allgemein üblich, weil dem Miether weder durch ein Geſetz noch durch die Natur der Sache weitläufige Nachforſchungen auferlegt ſind, ihm aber im Falle einer ſolchen Veränderung ſowohl die Perſon wie die Wohnung des zum Zinsempfange Berechtigten beſonders dann bekannt ſein muß, wenn der Vermiether

oder der Administrator des Miethhauses nicht in demselben wohnt und auch nicht an dem festgesetzten Zahlungstage in dem Hause zur Empfangnahme des Zinses erscheint. Unter den obwaltenden Umständen war der Miether A weder verpflichtet, noch berechtigt, den am 1. Mai fälligen Zins schon an diesem Tage bei Gericht zu deponiren. Denn ein gerichtlicher Erlag kann nach der geltenden Gerichtsinstruction nur in den Vormittagsstunden geschehen, während der Kläger den ganzen Tag gewärtig sein mußte, daß der Zins bei ihm eingefordert würde, mithin durch den voreiligen Erlag sich der Geldmittel zur Erfüllung seiner Vertragspflicht entblößt hätte; er mußte aber den Verlauf des ganzen Tages abwarten, auch um die gesetzlichen Voraussetzungen eines rechtmäßigen Erlages nach §. 1425 a. b. G. B. constatiren zu können. War aber A nicht verpflichtet und nicht einmal berechtigt, den Zins schon am 1. Mai bei Gericht zu erlegen, so konnte aus der Unterlassung des Erlages an diesem Tage der Susanne B kein Recht, um so weniger das von ihr in Anspruch genommene Recht der Kündigung erwachsen, da schon die Thatsache, daß am 4. oder 5. Mai von dem A der Zins dem Hausadministrator Mathias B angeboten, A von diesem zum Notar gewiesen und nach dessen Verweigerung der vorbehaltslosen Annahme der Zahlung, der Zins von A noch am 8. Mai deponirt wurde, darthut, daß dem Letzteren kein Saumsal zur Last fällt und daß er vielmehr eifrig bemüht war, seiner Vertragspflicht nachzukommen, zumal ihm in dem Vertrage nur die Beobachtung der gesetzlichen Zinszahlungstermine zur Pflicht gemacht worden ist, unter diesen Terminen aber nicht ein bestimmter Tag, sondern nur die ganze Frist verstanden werden kann, in welcher der Zins zu zahlen ist. — Dieser Sachverhalt läßt daher den von A am 8. Mai vollzogenen gerichtlichen Erlag des Miethzinses als rechtmäßig und seine Einwendungen gegen die Aufkündigung der B als gesetzlich begründet erscheinen.

Nr. 4680.

Ehepacten oder Kaufvertrag? Bestellung einer Sache als Heiratsgut oder Verkauf derselben?

Entsch. v. 7. August 1872, Nr. 6482 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Königgrätz v. 23. Oct. 1871, Nr. 10335 und des O. L. G. Prag v. 19. März 1872, Nr. 8917). G. Z. 1873, Nr. 102.

Im Jahre 1837 schloß M mit B, Bräutigam seiner minderjährigen Tochter A einen Vertrag, mit welchem M dem B, wenn er seine Tochter heiratet, die Wirthschaften N. C. 27 und 30 in X um 600 fl. zum Eigenthum überließ, wogegen B zur Leistung eines Ausgedinges, ferner zur Sicherstellung von 1600 fl. für seine zu-

künftige Ehefrau ſich verpflichtete. Der Vertrag wurde von dem Curatelgerichte genehmigt und intabulirt. Nach einigen Jahren ehelichen Zuſammenlebens wurde auf die Klage der A durch Urtheil die Eheſcheidung gegen B ausgeſprochen und der A bezüglich der Aufhebung der Ehepacten der Rechtsweg vorbehalten, den ſie auch betrat, indem ſie im Jahre 1869 den B wegen Aufhebung der in dem Vertrage vom Jahre 1837 enthaltenen Ehepacten, reſp. wegen Zurückgabe der anläßlich der Ehe mit der Klägerin als Heiratsgut erhaltenen Beſitzſtände N. C. 27 und 30 in X, und Depurirung dieſer Realitäten von allen ſeit dem Tage obiger Ehepacten contrahirten Schulden belangte. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte nach dem Klagebegehren. Es qualificirte den Vertrag vom Jahre 1837 als Heiratsvertrag, geſchloſſen in Abſicht auf die eheliche Verbindung beider Streittheile unter der Bedingung der abzuſchließenden Ehe (§. 1217 a. b. G. B.), weil dieſer Vertrag die Beſtellung eines Heiratsgutes, einer Widerlage und in einem Artikel auch Beſtimmungen über die Erbfolge, daher offenbar Ehepacte enthält. Auf die Einwendung des Geklagten, daß der Vertrag kein Heiratsvertrag, ſondern ein Kauf ſei, nahm das Gericht keine Rückſicht, weil im Vertrage von Kauf und Verkauf keine Rede, weil der angebliche Kaufpreis von 600 fl., welcher jedoch als ſolcher nicht bezeichnet iſt, offenbar zu niedrig, weil überhaupt kein Kauf verabredet worden iſt und weil ein Kauf mit dem Art. 6 des Vertrages, der von der Erbfolge handelt, im Widerſpruche ſteht. Ebenſo wurde die Einwendung nicht berückſichtigt, daß der Geklagte die Wirthſchaften meliorirt habe, weil dies mit dem Gegenſtande dieſes Rechtsſtreites nicht im Zuſammenhange ſteht. Die Einwendung der Erſitzung wurde gleichfalls verworfen, weil eben durch die Aufhebung der Ehepacten auch der Rechtsgrund zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes entfallen iſt. — Das O. L. G. beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Der in Rede ſtehende Vertrag iſt ein Heiratsvertrag, weil er vom Heiratsgute, der Widerlage und der Erbfolge handelt und laut Art. 7 erſt nach der geiſtlichen Einſegnung der Brautleute wirkſam ſein ſoll. Ob das Heiratsgut von der Gattin, oder für ſie von einem Dritten dem Manne übergeben oder zugeſichert werde, verändert die Natur eines Heiratsgutes nach §. 1218 a. b. G. B. nicht; dasſelbe gehört nach §. 1229 a. b. G. B. der Gattin, wenn ſie nicht ausdrücklich davon ausgeſchloſſen worden iſt, und ſie wird nach §. 1228 a. b. G. B., wenn das Heiratsgut in unbeweglichen Gütern beſteht, ſo lange als Eigenthümerin und der Mann als Fruchtnießer angeſehen, bis bewieſen wird, daß der Ehemann das Heiratsgut für einen beſtimmten Preis übernommen und ſich nur zur Zurückgabe dieſes Geldbetrages verbunden habe. Es bleiben daher die dem B von M gegebenen Wirthſchaften N. C. 27 und 30 in X ein Heiratsgut der A, wenn auch B mit dieſem Heiratsgute die Zahlung einer Aufbeſſerung von 600 fl. und die Leiſtung

eines Ausgedinges übernommen und auch ſpäter Zahlungen für die Eltern ſeiner Gattin mit Rückſicht auf das Heiratsgut geleiſtet hat, da nicht bewieſen iſt, daß er das Heiratsgut dafür übernommen, und da er nicht einmal behauptet, daß er ſich nur zur Zurückgabe dieſes Geldbetrages als Heiratsgut ſeiner Gattin verbunden habe. Der vom Geklagten vorgeſchützte Kauf der Realitäten widerſpricht ſonach dem Inhalte des Heiratsvertrages nach der Auslegung der §§. 914 und 6 a. b. G. B. und den geſetzlichen Vorſchriften über Ehepacten. Da auf die Scheidung aus Schuld beider Theile rechtskräftig erkannt worden iſt, ſo kann die A nach §. 1264 a. b. G. B. die Aufhebung der Ehepacten, ſomit die Zurückſtellung ihres Heiratsgutes verlangen, wenn auch B bisher redlicher Beſitzer der beiden Wirthſchaften geweſen iſt, weil die Redlichkeit des Beſitzes nur Anſprüche auf Erſatz der Gegenleiſtungen und des gemachten Aufwandes zu begründen, aber nach §. 471 a. b. G. B. Retentionsrechte nicht einzuräumen vermag. Es ſtand dem Geklagten nur bevor, ſeine Gegenleiſtungen und Meliorationen ordentlich zu liquidiren und da es ſich um Abſonderung des Vermögens handelt, zu verlangen, daß das Klagebegehren durch die Verbindlichkeit der Klägerin zum Erſatz der liquiden Gegenforderungen beſchränkt werde; er iſt aber nicht berechtigt, die Herausgabe des Heiratsgutes wegen Gegenforderungen zu verweigern. Eine Erſitzung findet nicht ſtatt, weil ſie nach §. 1478 a. b. G. B. gegen die Klägerin erſt nach der Zeit der rechtskräftig und endgiltig erkannten Scheidung lauft, da die Klägerin ihr Recht auf Aufhebung der Ehepacten nicht früher ausüben konnte, und Erſitzung und Verjährung in einem Zeitraume vollendet werden.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die a. o. Reviſionsbeſchwerde des Geklagten. Gründe: Der Geklagte vertheidigte ein offenbares Unrecht, nachdem in den Motiven der Untergerichte erſchöpfend erörtert und zur Evidenz nachgewieſen wurde, daß der Vertrag von 1837 Ehepacte im Sinne des §. 1217 a. b. G. B. und eine Heiratsgutsbeſtellung insbeſondere enthalte. Die Einwendung des Geklagten, daß er die beiden Wirthſchaften nicht als Heiratsgut der Gattin überkommen, ſondern mittelſt Kaufes erworben habe, iſt eine unerwieſene Behauptung und wird durch den Inhalt des Vertrages vollſtändig widerlegt, weil darin von einem Kaufe und Verkaufe der Wirthſchaften keine Erwähnung geſchieht, eine beſtimmte Summe Geldes als Preis für die Ueberlaſſung der Wirthſchaften nicht feſtgeſetzt wurde und namentlich der im Art. 3 des Vertrages vorkommende Betrag von 600 fl. nicht als ein Kaufpreis angeſehen werden kann, da eine ſolche Beſtimmung dieſes Betrages in dem Vertrage nicht ausgedrückt erſcheint und aus deſſen Inhalte durchaus nicht erhellt, und andererſeits die Stipulation dieſer Gegenleiſtung mit der Widmung der Realitäten als Heiratsgut vollkommen vereinbar iſt. Die nach §. 1053 a. b. G. B. zum Kaufvertrage nothwendigen weſentlichen Erforderniſſe

ſind daher bezüglich der in Rede ſtehenden Realitäten hier offenbar nicht vorhanden. Demgemäß haben hier die im 28. Hauptſtück des II. Theils des a. b. G. B in Betreff des Heiratsgutes enthaltenen Beſtimmungen volle Anwendung zu finden und es mußte ſohin, da durch richterliches Urtheil auf die beiderſeits verſchuldete Scheidung erkannt, von der Klägerin die Aufhebung der Ehepacte verlangt und der vorſchriftsmäßig verſuchte Vergleich nicht erzielt wurde, dieſe Aufhebung nach §. 1264 a. b. G. B. ausgeſprochen und in Folge deſſen der Geklagte ſchuldig erkannt werden, die als Heiratsgut der Gattin erhaltenen beiden Wirthſchaften der Letzteren zurückzugeben (§. 1229 a. b. G. B.). Dieſe Verpflichtung kann dadurch nicht alterirt werden, daß der Geklagte, wie er behauptet, die Realitäten während ſeines Beſitzes meliorirt und überhaupt in Folge dieſes Beſitzes mehrfältigen Aufwand gemacht, und auch verſchiedene Paſſiven berichtigt habe, da ihm unbenommen bleibt, ſeine diesbezüglichen Anſprüche im geeigneten Wege geltend zu machen, dieſe Anſprüche ihn aber nicht berechtigen, der Klägerin die Rückſtellung der Realitäten vorzuenthalten. Von einer Erſitzung des Eigenthumsrechtes kann auf Seite des Geklagten auch keine Rede ſein, da er die Realitäten nur auf Grund des Vertrages, nicht als Eigenthümer, ſondern nur als Fruchtnießer beſeſſen hat und beſitzen konnte, §. 1228 a. b. G. B., daher eine Erſitzung des Eigenthums wegen Abgangs der Erforderniſſe der §§. 1461—1463, ſowie im Hinblick auf §. 1495 a. b. G. B. hier gar nicht möglich war.

Nr. 4681.

Fideicommiſſariſche Subſtitution oder mit Auflage eines Fruchtgenuſſes beſchwertes Vermächtniß? — Accrescenz des Uſusfructus.

Entſch. v. 8. Auguſt 1872, Nr. 14838 (Beſt. des das Urth. des L. G. Wien v. 9. Dec. 1870, Nr. 61309, theilweiſe abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 26. Juli 1871, Nr. 12152). G. Z. 1872, Nr. 102. Jur. Bl. 1873, Nr. 7.

M hatte in dem 16. Abſatze ſeines Teſtamentes erklärt, „daß er den ehelichen Kindern ſeiner Neffen B und N, die zur Zeit ſeines Todes geboren ſein oder ſpäter werden erzeugt werden, ſein Haus Nr. 926 in der inneren Stadt Wien zu zwei gleichen Stämmen, jedoch mit dem Vorbehalte vermache, daß von dieſem Hauſe den genannten beiden Neffen der lebenslängliche Fruchtgenuß gebühren und das Haus während der Zeit des Fruchtgenuſſes weder verkauft noch belaſtet werden ſoll". Auf Grund dieſer letztwilligen Verfügung wurden nach dem im Jahre 1858 eingetretenen Tode des Teſtators die ehelichen Nachkommen des B und jene des N je zur Hälfte als Eigenthümer des vermachten Hauſes mit den obigen Beſchränkungen in dem

Grundbuche eingetragen. Die intabulirten Descendenten des N waren seine Tochter O und sein Sohn P. Beide starben kinderlos: die O vor, der P nach dem Vater N. Nun trat A als testamentarischer Erbe seiner Gattin O gegen B und gegen die Erben des P klagend auf und begehrte das Erkenntniß, 1. daß der Verlassenschaft seiner Frau das unbeschränkte Eigenthum von $^1/_4$ des Wiener Stadthauses Nr. 926 zustehe; 2. daß der von B (auf Grund des Testamentes des M) angesprochene Fruchtgenuß an diesem Hausantheile demselben nicht zustehe. — Ad 1 erkannten beide Untergerichte nach dem Klagebegehren; ad 2 entschied das Gericht erster Instanz ebenfalls nach der Klagebitte — das O. L. G. aber gegen den Kläger.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten gegen den gleichförmigen Inhalt der untergerichtlichen Erkenntnisse und die ordentliche Revisionsbeschwerde des Klägers gegen die obergerichtliche Abänderung des Urtheiles der ersten Instanz. Gründe: Die Beschwerde der Beklagten wird im Wesentlichen darauf gestützt, daß der Absatz 16 des Testamentes des M die Anordnung einer fideicommissarischen Substitution zwischen des Erblassers Neffen B und N und deren Kindern und Kindeskindern enthalte, daß demnach die Gattin des A in Ansehung des fraglichen Hauses nur fideicommissarische Legatarin und ihr Vater N ihr Fiduciar gewesen sei und daß, da die Erbfähigkeit des Fideicommissars nicht nach dem Zeitpunkte des Todes des Testators, sondern nach jenem des Todes des Fiduciars zu beurtheilen, die Gattin des A aber vor ihrem Vater N gestorben ist, dieselbe, weil sie selbst nicht Legatarin geworden, irgend ein Recht an dem legirten Hause auf ihre Erben nicht habe übertragen können. Allein diese Argumentation ist keineswegs geeignet, die Auffassung der beiden Untergerichte, auf welcher die gleichförmigen Erkenntnisse derselben beruhen, als eine unrichtige und gesetzwidrige erkennen zu lassen und einen berechtigten Anhaltspunkt zur Abänderung der Erkenntnisse zu bieten. Das Wesen und der Begriff der fideicommissarischen Substitution besteht nach §. 608 a. b. G. B. in der vom Erblasser dem eingesetzten Erben oder Legatar auferlegten Verpflichtung die angetretene Erbschaft oder das Legat nach seinem Tode oder in einem anderen bestimmten Falle, einem zweiten ernannten Erben oder Legatar zu überlassen. Von einer solchen Verpflichtung ist jedoch im Absatze 16 des Testamentes des M nichts enthalten. Derselbe hat dort nichts anderes verfügt, als daß er den Kindern .... (wie oben) vermachte. Nach dem Inhalte dieser letztwilligen Verfügung ist außer den zur Zeit des Todes des Erblassers geborenen oder künftig geboren werdenden ehelichen Kindern der beiden Neffen B und N des Testators niemand Anderer zum Eigenthum des Hauses als Legatar berufen, noch ist für den Fall des Todes der als Vermächtnißnehmer berufenen Kinder der beiden Neffen oder für einen anderen bestimmten Fall hinsichtlich des weiteren Ueberganges des vermachten

Hauſes irgend eine die eingeſetzten Vermächtnißnehmer bindende Verfügung getroffen, vielmehr enthält dieſe Verfügung nichts anderes als ein Vermächtniß des Hauſes an die ehelichen Kinder der beiden Neffen, in Anſehung welchen Vermächtniſſes lediglich die Größe des Antheiles jedes der Kinder durch die Anzahl der von dem einen und dem anderen Neffen ehelich erzeugten Kinder bedingt und welches Vermächtniß nur durch den den beiden Neffen auf die Lebensdauer vorbehaltenen Fruchtgenuß (§. 509) und durch das zur Wahrung des Rechtes der Fruchtnießung für die Dauer desſelben ausgeſprochene Verbot des Verkaufes oder der Belaſtung des Hauſes beſchränkt war. Es geht aber auch nicht an, dem an ſich ganz klaren Wortlaute des 16. Abſ. des Teſtamentes den Sinn einer fideicommiſſariſchen Subſtitution zu unterlegen. Unter dem vom Erblaſſer gebrauchten Ausdrucke „Kinder" können nach §. 681 a. b. G. B. nur die Söhne und Töchter der beiden Neffen verſtanden werden. Der Ausdruck „nach Stämmen" mag etwa mit Rückſicht auf die vorausgeſchickte Theilung des Vermächtniſſes in zwei gleiche Theile (nämlich für die Kinder des einen und für die Kinder des anderen Neffen) ein entbehrlicher geweſen ſein, jedenfalls kann aber auch daraus nicht auf eine vom Erblaſſer beabſichtigte Subſtitution der Kindeskinder der beiden Neffen geſchloſſen werden, da für eine ſolche Abſicht gar keine Andeutung vorliegt und mit dem Ausdrucke „zu gleichen Theilen nach den Stämmen" der Erblaſſer wohl unzweifelhaft nur ſo deutlich als möglich ausdrücken wollte, daß, abgeſehen von der Anzahl der Kinder des einen und des anderen Neffen, die eine Hälfte des Hauſes den Kindern des einen und die andere Hälfte den Kindern des anderen Neffen zufallen ſolle, wenn auch je nach der Verſchiedenheit der Anzahl der Kinder des einen oder des anderen, die Antheile der einzelnen Kinder ungleich ausfielen. Daß übrigens aus der Anordnung, wonach den beiden Neffen des M der lebenslängliche Fruchtgenuß des ihren Kindern vermachten Hauſes zugedacht wurde, nicht eine fideicommiſſariſche Subſtitution ihrer Kinder und Kindeskinder unter ſich gefolgert werden kann, bedarf an ſich ebenſowenig einer weiteren Erörterung, als die Argumente, mit denen man aus dem für die Dauer des Fruchtgenuſſes angeordneten Veräußerungs- und Belaſtungsverbote den Schluß auf eine fideicommiſſariſche Subſtitution ziehen will. Denn wenn auch ein Fiduciarerbe nur die Rechte eines Fruchtnießers hat und die Verbindlichkeit, die angetretene Erbſchaft oder das Legat nach dem Tode oder in anderen beſtimmten Fällen einem zweiten ernannten Erben oder Legatar zu überlaſſen, das freie Verfügungsrecht über die Erbſchaft oder das Legat einſchränkt, ſo ſetzt doch nicht jedes eingeräumte Fruchtnießungsrecht und nicht jede Beſchränkung des Veräußerungs- und Einſchuldungsrechtes eben eine fideicommiſſariſche Subſtitution voraus. Nach dem Geſagten muß alſo die Reviſionsbeſchwerde der Beklagten als ungegründet angeſehen und verworfen werden. — Die Reviſionsbeſchwerde des Klägers iſt gegen

den abändernden Theil des obergerichtlichen Urtheils gerichtet, zufolge dessen erkannt wurde, daß das Begehren: es stehe dem B von dem in die Verlassenschaft der Gattin des Klägers gehörigen $^1/_4$ Antheile des Hauses Nr. 926 das Fruchtgenußrecht nicht zu, — nicht stattfinde. Wie schon oben erwähnt worden ist, hat M an das im Abs. 16 seines Testamentes hinsichtlich des Hauses Nr. 926 angeordnete Vermächtniß den Vorbehalt geknüpft, daß von diesem Hause seinen beiden Neffen B und N der lebenslängliche Fruchtgenuß gebühren soll. Nach dieser Bestimmung ist der lebenslängliche Fruchtgenuß von dem ganzen Hause den beiden Neffen, und zwar, da der Erblasser eine besondere Anordnung, mit welchem Antheile jeder der beiden Neffen an dem Fruchtgenusse participiren soll, nicht getroffen hat, beiden gemeinschaftlich und ungetheilt vermacht worden, woraus sich allerdings ergibt, daß B und N, so lange sie beide am Leben waren, die Früchte des Hauses unter sich zu gleichen Theilen zu theilen hatten. In Bezug auf die Frage aber, ob nach dem Tode des einen der beiden Neffen dessen erledigter Antheil von dem Fruchtgenusse auf den überlebenden überzugehen hat, muß die Entscheidung des Obergerichtes als der letztwilligen Verfügung des M entsprechend erkannt werden. Allerdings ist das Recht des Fruchtgenusses an sich kein untheilbares Recht und kann solches vielmehr an einer und derselben Sache auch mehreren Personen gemeinschaftlich oder zu bestimmten Theilen zugedacht werden, und allerdings hat auch M im gedachten Testamentsabsatze nicht bestimmt, daß im Falle des Ablebens eines seiner beiden Neffen dessen Fruchtgenußantheil auf den überlebenden Neffen übergehen solle. Allein er hat ungeachtet der vorangeschickten Anordnung der Theilung des Hauses zwischen den Kindern der beiden Neffen in zwei gleiche Theile dennoch ohne Rücksicht auf diese Theilung den lebenslänglichen Fruchtgenuß von dem ganzen Hause seinen beiden Neffen vorbehalten. Eine Beschränkung des einen und des anderen, je nur auf den Fruchtgenuß der seinen Kindern vermachten Haushälfte kann in den vom Testator gebrauchten Ausdrücken nicht gefunden, sie kann aber auch nicht als in der Absicht desselben gelegen erkannt werden, da vielmehr anzunehmen ist, daß M seine, ihm dem Verwandtschaftsgrade nach näherstehenden beiden Neffen mehr als die ihm entfernter stehenden Kinder oder gar die ihm fremden Rechtsnachfolger derselben begünstigen, daher zunächst durch Anwendung des lebenslänglichen Fruchtgenusses für die beiden Neffen sorgen und dem einen wie dem anderen hinsichtlich des Genusses der Erträgnisse des Hauses den Vorzug nicht nur vor den eigenen, sondern auch vor den Kindern des anderen Fruchtnießers einräumen wollte. — Diese Auffassung findet ihre Begründung aber auch im Gesetze: denn da das Vermächtniß des Fruchtgenusses des Hauses den beiden Neffen ungetheilt zugedacht worden ist, so hätte, wenn zur Zeit des Todes des Testators M nur einer der beiden Neffen am Leben geblieben wäre, der Fruchtgenuß vom ganzen Hause nach

§. 689 a. b. G. B. unzweifelhaft dem am Leben befindlichen Neffen gebührt; indem aber beide mit dem Fruchtgenuſſe bedachten Neffen denſelben angetreten haben, war das Recht eines jeden zum Fruchtgenuſſe nur dadurch beſchränkt, daß jeder der beiden Neffen dem anderen die Ausübung des ihnen gemeinſchaftlich zugedachten Rechtes geſtatten mußte, während mit dem Tode des einen Berechtigten dieſe Beſchränkung für den anderen wegfiel und dieſer ſonach in die alleinige Ausübung des Rechtes zu treten hatte. Demzufolge kann der Beſchwerde des Klägers gegen den abändernden Theil des oberlandesgerichtlichen Urtheiles nicht ſtattgegeben werden.

Nr. 4682.

Rechtswirkſamkeit eines ſchenkungsweiſen mündlichen Schulderlaſſes.

Entſch. v. 8. Auguſt 1872, Nr. 7577 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des B. G. Bielitz v. 15. Nov. 1871, Nr. 9142 und des O. L. G. Brünn vom 4. April 1872, Nr. 2531). Spruchrepertorium Nr. 15. G. Z. 1872, Nr. 42. (Manz'ſche Sammlung I, S. 93.

Bei der Abhandlung der Verlaſſenſchaft der M machten die Erben gegen B eine Nachlaßforderung pr. 558 fl. geltend, wovon der Letztere nur den Betrag von 80 fl. als richtig anerkannte. Deshalb von den Erben auf Anerkennung des Reſtes von 478 fl. belangt, vertheidigte ſich B mit der unter Delation des Haupteides vorgebrachten Einrede, daß die M noch bei Lebzeiten ihm erklärt habe, daß ſie von der Forderung pr. 558 fl. den Theilbetrag pr. 478 fl. von ihm nicht zurück verlange und er blos den übrigen Theilbetrag von 80 fl. ihren Erben ſeinerzeit zurückzahlen ſolle. Auf dieſen Haupteid haben beide Untergerichte erkannt und beim Gelingen des Beweiſes den Beklagten klagefrei geſprochen. Dagegen ergriffen die Kläger die a. o. Reviſionsbeſchwerde, worin ſie die Anſicht der Untergerichte bekämpften, daß beim ſchenkungsweiſen Schulderlaß die Ausſtellung einer ſchriftlichen Schenkungs-, d. h. Erlaßurkunde unnöthig ſei.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die Reviſionsbeſchwerde. Gründe: Die Untergerichte haben mit der Zulaſſung des Einwandes des Beklagten, wonach deſſen Schuld an M ihm im Theilbetrag von 478 fl. mündlich erlaſſen wurde, keineswegs das Geſetz unrichtig angewendet. Denn der §. 943 a. b. G. B. handelt nur von dem obligatoriſchen Schenkungsverſprechen, von einem Vertrag, bei welchem das den Gegenſtand der Schenkung bildende Vermögensobject nur zugeſichert, nicht auch ſofort übergeben wird. Hingegen fallen Schenkungen, wo die unentgeltlich überlaſſene Sache im weiteren Sinne (§. 938 a. b. G. B.) ſich zu einer Uebergabe überhaupt nicht eignet, und wo zwiſchen Verſprechen und Erfüllung desſelben — wirkliche Uebergabe — (vgl. 1045

a. b. G. B.) eine Unterſcheidung gar nicht platzgreift, außerhalb der Beſtimmung des §. 943 a. b. G. B. — Eine Schenkung, die im Aufgeben eines Rechtes zum Vortheile des Beſchenkten beſteht, wird eben dadurch perfect, daß der Act vorgenommen wird, der das Aufgeben des Rechtes bewirkt, weshalb auch der Erlaßvertrag (§. 1444 a. b. G. B.), wenngleich blos mündlich abgeſchloſſen, ſofort und unmittelbar jene in dem Untergang des Forderungsrechtes beſtehende Wirkung äußert, welche mit dieſem Vertrage beabſichtigt iſt.

Unter Einem wurde die Eintragung des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Der unentgeltliche Schuldenlaß (§. 1444 a. b. G. B.) bedarf, um mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht zu werden, nicht der urkundlichen Begründung.

Nr. 4683.

Zuſtändigkeit der Realinſtanz für Klagen auf Ausſtellung einer verſprochenen Löſchungserklärung.

Entſch. v. 8. Auguſt 1872, Nr. 7649 (Beſt. des das Decr. des B. G. Stanislau v. 23. März 1872, Nr. 4011, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 8. Mai 1872, Nr. 11897). G. H. 1873, S. 87.

Nachdem die bei dem L. G. in Lemberg angebrachte Klage des A wider B wegen Löſchung des Pfandrechtes für eine Forderung von 14.000 fl. bei dem im Bezirke Stanislau belegenen landtäflichen Gute des Klägers von dem oberſten Gerichtshofe wegen Unzuſtändigkeit des angerufenen Gerichtes (§. 52 J. N.) zurückgewieſen worden war, belangte A den B mit der Löſchungsklage bei dem K. G. Stanislau als forum rei sitae. Da aber in der Klagebitte direct nicht die Löſchung des Pfandrechtes, ſondern die Verurtheilung des B zu der von ihm verſprochenen Ausſtellung des Löſchungsconſenſes intendirt, mithin von A ein perſönliches (Vertrags-) Recht geltend gemacht wurde, welches nur bei der Perſonalinſtanz des B ausgetragen werden kann, hat das K. G. Stanislau den A wegen Incompetenz ab- und an das Perſonalforum des B gewieſen.

Von dem oberſten Gerichtshofe wurde im Einklange mit der zweiten Inſtanz die Zuſtändigkeit des angerufenen Gerichtes ausgeſprochen. Gründe: Wenn auch die Klage des A, nach ihrem Inhalte, die Anerkennung einer Vertragspflicht des B bezweckt, ſo wird mit der begehrten Erfüllung dieſer Pflicht eben die Aufhebung des auf dem Gute des Klägers für B intabulirten Pfandrechtes angeſtrebt, welche gerade den Gegenſtand des die Klage begründenden Vertrages bildet und mit dieſem zuſammenfällt, ſo daß es nicht angeht, die Erfüllung der perſönlichen Verbindlichkeit von der Aufhebung des dinglichen Rechtes zu ſcheiden. Es tritt daher für die Klage die ausſchließliche Competenz des Realgerichtes ein (§. 50 und 52 J. N.).

Nr. 4684.

Rechtliche Folgen der unterlaſſenen Anmerkung der Vormundſchaftsverlängerung im Grundbuche.

Entſch. v. 13. Auguſt 1872, Nr. 8315 (Beſt. des Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Mai 1872, Nr. 10146). Jur. Bl. 1872, Nr. 38.

Im December 1871 wurde über den B die Vormundſchaft verlängert und die Verlängerung durch die Amtszeitung kundgemacht. Es unterblieb aber die grundbücherliche Anmerkung der Verlängerung bei dem Hauſe des B, bei welchem deſſen Minderjährigkeit angemerkt war. Am 30. Jänner 1872 wurde B großjährig und ein Gläubiger desſelben erwirkte unter Ausweiſung dieſes Umſtandes die Löſchung der Anmerkung der Minderjährigkeit des B bei deſſen Hauſe und die grundbücherliche Eintragung des Pfandrechtes für ſeine Forderung. B contrahirte nun eine Schuld mit dem A, der ihn nach dieſem Grundbuchsſtande für eigenberechtigt hielt, und im März 1872 ſeine Forderung auf dem Hauſe des B intabuliren ließ. Erſt jetzt, nach dem Vollzuge dieſes Eintrages, verfügte das Gericht die grundbücherliche Anmerkung der Verlängerung der Vormundſchaft über den B und verſtändigte davon den Vormund. Dieſer ergriff gegen die Pfandrechtsintabulation des A den Recurs an das O. L. G., welches die Löſchung derſelben verordnete, „weil die Vormundſchaft über den B auf unbeſtimmte Zeit verlängert, die Verlängerung in der Amtszeitung verlautbart worden iſt und B auch derzeit noch nicht berechtigt iſt, ohne Genehmigung der Vormundſchaft eine Verpflichtung auf ſich zu nehmen".

Dagegen recurrirte A an den oberſten Gerichtshof und machte geltend, daß für die Entſcheidung des Grundbuchsrichters nur der Grundbuchsſtand maßgebend ſei, auf welchen auch die Partei ihr Recht zur begehrten Grundbuchs-Amtshandlung zu ſtützen habe; daß die im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher unternommenen Rechtshandlungen gerichtlich geſchützt bleiben müſſen; daß das Geſetz, welches das Nichteinſehen des öffentlichen Buches im §. 443 a. b. G. B. mit ſchweren Folgen begleitet, das Vertrauen in dieſelben im §. 1500 ibid. ſchützt und im §. 20 des allgemeinen Grundbuchsgeſetzes die Berufung auf die Unkenntniß der Anmerkung der Minderjährigkeit, Curatel, Verlängerung der väterlichen und vormundſchaftlichen Gewalt ausſchließt, mithin die Berufung auf eine ſolche Anmerkung ſanctionirt, unmöglich eine Auslegung zulaſſe, wornach der Grundbuchsſtand zum Nachtheil desjenigen, der im Vertrauen auf das Grundbuch handelte, interpretirt werden dürfte; daß die Entſcheidung, ob dem B aus einem im Grundbuche nicht erſichtlichen Grunde die rechtliche Fähigkeit zur Uebernahme von Verpflichtungen abging oder nicht, dem künftigen Proceſſe vorbehalten bleiben müſſe; daß die Kundmachung des Edictes der Vormundſchaftsverlängerung nicht die Wirkung des §. 2 a. b. G. B. habe, und daß die Handlungsfähigkeit des B trotz dieſer Kundmachung

nicht in Zweifel zu ſtellen war, nachdem dasſelbe Gericht, welches die Vormundſchaft verlängert hatte, die Anmerkung der Minderjährigkeit im Grundbuche löſchen ließ. — Der oberſte Gerichtshof verwarf den Recurs mit einfacher Bezugnahme auf die Begründung des O. L. G.

Nr. 4685.

Subjective Vorausſetzung des Begehrens um grundbücherliche Streitanmerkung im Falle eines Strafproceſſes.

Entſch. v. 13. Auguſt 1872, Nr. 8378 (Beſt. des das Decr. des K. G. Eger v. 10. April 1872, Nr. 1898, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 21. Mai 1872, Nr. 15704). Spruchrepertorium Nr. 16. G. Z. 1872, Nr. 94. (Manz'ſche Sammlung I, S. 94.)

Das Geſuch des A und Genoſſen gegen Ambros und Margaretha B um grundbücherliche Anmerkung der Streitigkeit der Uebertragung des Eigenthumes einer Fabrik von Ambros B auf Margaretha B nach §. 66 der Grundbuchsordnung v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, war auf die producirte amtliche Beſtätigung der von den Geſuchſtellern beim Strafgerichte gegen die beiden B gemachten Anzeige wegen Verbrechens des Betruges, verübt durch die erwähnte grundbücherliche Ueberſchreibung, und auf die Anführung gegründet, daß die Erſteren während des noch ſchwebenden Strafproceſſes Gefahr laufen, durch die Weiterveräußerung der Fabrik um die Deckung ihrer Entſchädigungsanſprüche an die Gegner zu kommen, wie denn auch ſchon in Folge einer von Margaretha B nach eingeleitetem Strafverfahren ausgeſtellten Erklärung für die Actiengeſellſchaft des Brauhauſes zu Eger das Vorkaufsrecht an der Fabrik in das Grundbuch eingetragen worden ſei. — Dieſes in erſter Inſtanz bewilligte Geſuch wurde vom oberſten Gerichtshofe in Uebereinſtimmung mit dem O. L. G. aus formalen und aus den nachſtehenden meritoriſchen Gründen abgewieſen: Die begehrte Streitanmerkung kann auch deshalb nicht bewilligt werden, weil der Zuſammenhang der §§. 61, 66 und 67 der Grundbuchsordnung ergibt, daß zu dem Anſuchen um eine ſolche Anmerkung auch in dem Falle des §. 66 nur derjenige berechtigt iſt, welcher durch die Eintragung, bei der die Anmerkung des Streites geſchehen ſoll, in ſeinen bücherlichen Rechten verletzt erſcheint. Der Unterſchied zwiſchen §. 61 und 66 in dieſer Beziehung beſteht lediglich darin, daß die Einverleibung auf Grund ihrer Ungiltigkeit dort im Proceßweg, hier im Anſchluß an das Strafverfahren angefochten wird. Darum ſpricht auch der §. 67 von der verletzten Partei und geſtattet ihr, wenn das Strafgericht zwar auf die Schuld des Angeklagten, jedoch nicht auf eine ſolche Löſchung erkannt hat, noch eine beſtimmte Friſt für die Klage auf Löſchung der Einverleibung. Die Streitan-

merkung ſetzt eben das auf Löſchung einer Einverleibung gerichtete Begehren voraus, es mag dasſelbe im Civil- oder im Strafproceßwege erhoben werden; zu einem ſolchen Petit iſt aber nur jene Partei berufen, die durch die beſtrittene Einverleibung in ihrem bücherlichen Rechte verletzt erſcheint.

Unter Einem wurde die Eintragung des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Zu dem Anſuchen um Streitanmerkung im Grundbuch iſt auch im Falle des §. 66 des Grundbuchsgeſetzes nur Derjenige berechtigt, welcher durch die Einverleibung, bei der die Anmerkung erfolgen ſoll, in ſeinem bücherlichen Rechte verletzt erſcheint.

Nr. 4686.

Unzuläſſigkeit der Wiederaufnahme der bereits geſchloſſenen eidlichen Vernehmung eines Zeugen.

Entſch. v. 14. Auguſt 1872, Nr. 8433 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Polička v. 10. Mai 1872, Nr. 2782 und des O. L. G. Prag v. 25. Juni 1872, Nr. 18055). G. H. 1872, S. 411.

In einem Proceſſe hat nach vollzogener Vernehmung der von der Klägerin A angeführten zwei Zeugen dieſelbe gemeinſchaftlich mit dieſen Zeugen deren wiederholte Vernehmung begehrt. — Beide Untergerichte haben das Geſuch bewilligt, — das O. L. G. mit folgender Begründung: Es kann einem Zeugen füglich nicht verſagt werden, dem Gerichte zur Kenntniß zu bringen, daß er an ſeiner Ausſage etwas zu ändern habe. Nun unterſagt zwar das — in die Juſtizgeſetzſammlung nicht aufgenommene — an das böhmiſche Appellationsgericht erlaſſene Hofdecret vom 30. November 1810 die neuerliche Vernehmung der Zeugen; allein es ſtellt dem Ermeſſen des Richters anheim, in welcher Art die Parteien von den Anträgen eines Zeugen auf Abänderung ſeiner Ausſage in Kenntniß zu ſetzen ſeien. Wenn dem Richter ſolche Anträge vorkommen, befindet er ſich nicht in dem Falle, den Parteien „einen mehreren Beweis“ aufzulegen (§. 106 a. G. O.); er iſt vielmehr in der Lage, dafür zu ſorgen, daß die Zeugenausſagen der Wahrheit entſprechen, wie es denn ſeine Pflicht iſt, darauf zu bringen, daß die Zeugen den Grund ihres Wiſſens angeben. Da das citirte Hofdecret durch die J. G. S. nicht kundgemacht worden iſt und der darin angezogene §. 236 a. G. O. nur von bereits entſchiedenen Proceſſen handelt, ſo ſtellt ſich die in der Gerichtsordnung ausdrücklich nicht verbotene nochmalige Vernehmung der Zeugen als das richtige Mittel dar, um die Abänderung ihrer Ausſagen in den Acten erſichtlich zu machen; und dem Richter bleibt es immer noch unbenommen, bei der Entſcheidung des Proceſſes zu prüfen, ob die Ab-

änderung unverfänglich ſei und welchen Einfluß ſie auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen ausübe.

In Erwägung, daß nach §. 166 a. G. O. die Aenderung der Zeugenausſagen nur bei der Verleſung des über dieſelben aufgenommenen Protokolles zuläſſig iſt, daher gemäß Hofdecr. v. 30. November 1810 nach geſchloſſener eidlicher Vernehmung der Zeugen zu deren nochmaligem Verhöre weder auf Anlangen der Parteien noch auf jenes der Zeugen geſchritten werden kann; — hat der oberſte Gerichtshof das Geſuch der A abgewieſen.

Nr. 4687.

Vertheilung des Meiſtgebotes aus einer Mobilienfeilbietung: Rang der Erwerb- und Einkommenſteuerrückſtände.

Entſch. v. 16. Auguſt 1872, Nr. 8312 (Beſt. des das Decr. des K. G. Wiener-Neuſtadt v. 29. März 1872, Nr. 1195, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Juni 1872, Nr. 10380). Spruchrepertorium Nr. 17. G. Z. 1872, Nr. 94. Jur. Bl. 1872, Nr. 33. (Manz'ſche Sammlung I, S. 95.)

In der Executionsſache des A wider B hat das Gericht erſter Inſtanz den Erlös der executiven Mobiliarfeilbietung vertheilt und dabei vor allen Gläubigern das Steueramt noe. des Aerars mit dem angemeldeten Erwerb- und Einkommenſteuer-Rückſtande des Executen pro 1870 und 1871 claſſificirt. In Folge Recurſes zweier Gläubiger erkannte das O. L. G. in Wien, daß der Erwerb- und Einkommenſteuer das erſtgerichtlich eingeräumte Vorrecht nicht gebühre. Dagegen recurrirte das Steueramt an den oberſten Gerichtshof, welcher die Verordnung des O. L. G. aus folgenden Gründen beſtätigte: Es handelt ſich im vorliegenden Falle um die Vertheilung eines Mobiliar-Feilbietungserlöſes; kein Geſetz gibt den Erwerb- und Einkommenſteuer-Forderungen ein geſetzliches Pfandrecht an dem beweglichen Vermögen des Beſteuerten oder ein Vorrecht bei der Meiſtgebotsvertheilung; das Hofdcr. v. 16. September 1825, J. G. S. Nr. 2132, welches auf die Frage erlaſſen wurde, ob und inwieferne den landesfürſtlichen und grundherrlichen Abgaben von unbeweglichen Gütern außer dem Concurſe ein Vorrecht zuſtehe, iſt auf den vorliegenden Fall, in welchem es ſich um kein unbewegliches Gut handelt, nicht anwendbar; das Erwerbſteuer-Patent vom 21. December 1812 verfügt wohl im §. 18, daß den Erwerbſteuer-Rückſtänden in Concursfällen eben jene Rechte, wie den l. f. Steuern zukommen; im vorliegenden Falle handelt es ſich aber um eine Particular- und nicht eine Univerſalexecution, wie im Concurſe, und die im Concursverfahren geltenden Vorſchriften ſind durch kein Geſetz für Meiſtgebotsvertheilungen anwendbar erklärt worden.

Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Bei der Vertheilung des Erlöses einer executiven Mobiliarfeilbietung haben Erwerb- und Einkommensteuer-Rückstände kein Vorzugsrecht.

Nr. 4688.

Voraussetzungen der Hemmung der Execution wegen Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens.

Entsch. v. 16. August 1872, Nr. 8412 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 16. April 1872, Nr. 21851, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 4. Juni 1872, Nr. 10377). Jur. Bl. 1872, Nr. 4.

Auf Grund der Bestätigung des Strafgerichtes, daß in Folge des von A abgelegten Haupteides, von welchem die Verurtheilung des B zur Zahlung der von A eingeklagten Forderung abhängig gemacht war, gegen den Letzteren die Anzeige wegen Verbrechens des Betruges durch Ablegung eines falschen Eides bei dem Strafgerichte erstattet wurde und daß deshalb die strafgerichtliche Untersuchung anhängig ist, begehrte B die Einstellung der von A gegen ihn eingeleiteten Execution. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. zur Zeit abgewiesen, weil der von B producirte Bescheid des Strafgerichtes die Bestätigung, daß gegen A wegen des erwähnten Verbrechens die Untersuchung eingeleitet wurde, oder daß er desselben rechtlich beschuldigt ist, nicht enthält und nach dem Hofdcr. vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, zur Sistirung des civilgerichtlichen Verfahrens zwar nicht die Einleitung der Specialuntersuchung, wohl aber mindestens die rechtliche Beschuldigung, d. i. das Vorhandensein eines rechtlichen Verdachtes der strafbaren Handlung erfordert wird.

Nr. 4689.

Anspruch der unehelichen Mutter auf Uebernahme der Erziehung ihres Kindes.

Entsch. v. 20. August 1872, Nr. 8411 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Alsergrund in Wien v. 17. Mai 1872, Nr. 18277 und des O. L. G. Wien v. 25. Juni 1872, Nr. 12394). G. H. 1873, S. 402.

Die außer der Ehe geborne C war mit Zustimmung ihrer Mutter A der B in Pflege gegeben worden, die in ziemlich guten Vermögensverhältnissen steht und dem Kinde eine in jeder Beziehung vortreffliche Erziehung gibt. Die A verheiratete sich und verlangte nun, daß die C ihr in Erziehung und Pflege gegeben werde. Der Vormund des Kindes widersetzte sich diesem Begehren, weil die A in ihren und

ihres Gatten beſchränkten Vermögensverhältniſſen nicht im Stande wäre, der C die ausgezeichnete Erziehung zu geben, die ſie bei der B genießt; es wurde auch ein ärztliches Gutachten beigebracht, nach welchem der phyſiſche Zuſtand des Kindes Gefahr liefe, wenn es aus ſeiner bisherigen Lebensweiſe herausgeriſſen würde. — Das Gericht erſter Inſtanz hat aus folgenden Gründen dem Begehren der A ſtattgegeben: Die Regel des §. 168 a. b. G. B., wonach das uneheliche Kind der Mutter, die es erziehen kann und will, nicht vorenthalten werden darf, leidet nur dann eine Ausnahme, wenn das Wohl desſelben durch die mütterliche Erziehung Gefahr liefe (§. 169 ibid.) Die gepflogenen Erhebungen haben jedoch weder das Unvermögen der A, ihr Kind anſtändig zu erziehen, noch das Vorhandenſein einer Gefahr in obigem Sinne ergeben. Allerdings erhielt die C bei der B eine ausgezeichnete Erziehung, wie ſie die A und ihr Gatte in ihren beſchränkten ökonomiſchen Verhältniſſen wohl nicht geben könnten. Da jedoch die von dem Kinde bisher genoſſene Erziehung in ihrer Art und Ausdehnung für deſſen ferneres Fortkommen keine abſolut nothwendige Bedingung iſt, ſo darf der A die Bewilligung ihres Geſuches blos deshalb nicht verſagt werden, — auch nicht wegen des obenerwähnten ärztlichen Ausſpruches, der doch nur auf Wahrſcheinlichkeiten und nicht auf einer beſtimmt hervortretenden Erſcheinung beruhen kann; und es ſtehen dieſe Bedenken dem Begehren der A um ſo weniger entgegen, als durch die demſelben ſtattgebende Entſcheidung keineswegs Verfügungen vorgegriffen wird, die zu treffen ſein werden, wenn die A gegen das Kind ſich feindſelig benehmen, deſſen Erziehung vernachläſſigen oder der ärztliche Ausſpruch ſich beſtätigen ſollte. — Das O. L. G. beſtätigte die erſtgerichtliche Verfügung.

Auf den Recurs des Vormundes hat der oberſte Gerichtshof das Geſuch der A zurückgewieſen, weil nach den gepflogenen Erhebungen das Wohl der C, welches für die vorliegende, der Cognition des Pupillargerichtes unterzogene Frage als das allein entſcheidende Moment angeſehen werden muß, in der Pflege der B nicht nur nicht gefährdet, ſondern anerkanntermaßen ſehr gut beſorgt, eine Verbeſſerung aber von der Uebernahme durch die Mutter des Kindes nicht zu erwarten iſt und der es vertretende Vormund zu dieſer Veränderung ſeine Zuſtimmung nicht gibt, mithin das Pupillargericht um ſo weniger Veranlaſſung hat, hier einzugreifen und die Ausfolgung des Kindes an ſeine uneheliche Mutter zu verordnen, als die Berufung (der erſten Inſtanz) auf den §. 168 a. b. G. B. im vorliegenden Falle unſtatthaft iſt, da von einer Entziehung des Kindes aus der Pflege der Mutter, in der es niemals geſtanden, keine Rede ſein kann.

Nr. 4690.

Grundbücherliche Anmerkung der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums.

Entsch. v. 20. August 1872, Nr. 8683 (Best. des Decr. des L. G. Graz vom 1. März 1872, Nr. 4088, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz v. 1. Mai 1872, Nr. 4772). Spruchrepertorium Nr. 18. G. Z. 1872, Nr. 94 Jur. Bl. 1872, Nr. 31. (Manz'sche Sammlung I, S. 95.)

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des A um grundbücherliche Anmerkung der Streitanhängigkeit bei einer ihm und dem B gemeinschaftlichen Liegenschaft, rücksichtlich welcher A den B mit der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums und Gestattung des Verkaufes durch gerichtliche Feilbietung belangt hat, wurde vom O. L. G. abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung in der Erwägung, daß es im Geiste des Gesetzes liegt, durch die Zulassung der bücherlichen Streitanmerkung den Schutz erworbener Rechte zu gewähren, damit insbesondere der Beklagte nach der wider ihn überreichten Klage keine dem Kläger nachtheilige Verfügung über den Streitgegenstand treffen könne; in der Erwägung, daß der §. 20 lit. b des Gesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, ganz allgemein die grundbücherliche Anmerkung zur Begründung bestimmter, nach den Vorschriften der Civilproceßordnung oder dieses Gesetzes damit verbundener Rechtswirkungen als zuläßig erklärt, welche im vorliegenden Falle nach der Analogie der Anmerkung der Hypothekarklage im Sinne des §. 60 des obigen Gesetzes in so ferne einträten, als mit der vollzogenen Anmerkung das auf die heutige Klage erwirkte günstige Urtheil auch gegen den Besitzesnachfolger des Beklagten wirksam sein würde; in der Erwägung, daß bei der entgegengesetzten Auffassung das dem Kläger durch die §§. 830 und 843 a. b. G. B. eingeräumte Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums und die Gestattung des Verkaufes des gemeinschaftlichen Hauses mittelst gerichtlicher Feilbietung zu begehren, illusorisch wäre, weil der Beklagte durch den Weiterverkauf seiner Haushälfte die Execution des vom Kläger erwirkten günstigen Spruches vereiteln könnte.

Unter Einem wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Nach §. 20 lit. b des Grundb.-G. v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, ist die grundbücherliche Anmerkung der Klage des im Grundbuche eingetragenen Miteigenthümers einer Liegenschaft gegen den anderen Miteigenthümer auf Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums an der Liegenschaft und Gestattung des Verkaufes derselben durch gerichtliche Feilbietung zuläßig.

Nr. 4691.

Erwerb des Rechtsbeſitzes: Rechtsausübung mit dem Willen, ein eigenes Recht auszuüben.

Entſch. v. 22. Auguſt 1872, Nr. 8352 (Beſt. des das Decr. des B. G. Canale v. 4. April 1872, Nr. 1188, abänd. Decr. des O. L. G. Trieſt v. 17. Mai 1872, Nr. 2311). G. Z. 1872, Nr. 75.

Die Geklagten B und C haben einen Feldweg bei ſeinem Austritte aus ihrer Wieſe aufgegraben und dadurch unfahrbar gemacht. Der Nachbar A, welcher vor einem halben Jahre den fraglichen Weg an einem Tage in der Weiſe benützt hatte, daß er mit einem mit Ochſen beſpannten Wagen Miſt auf ſeinen Acker über jenen Feldweg führte, klagte B und C wegen Beſitzſtörung. — Die Klage wurde in erſter Inſtanz zugelaſſen, in zweiter Inſtanz abgewieſen.

In Erwägung, daß der Kläger ſelbſt zugibt, daß weder ſeine Beſitzvorfahren noch er ſelbſt, obgleich er ſchon ſeit mehreren Jahren ſein Grundſtück beſitzt, den über den Grund der Geklagten führenden Weg je als Fahrweg benutzt habe, mit Ausnahme eines einzigen Males, als er im Herbſte 1871 an einem und demſelben Tage öfter mit einem Ochſenwagen darüber fuhr; daß nach §. 312 a. b. G. B. allerdings ſchon die einmalige Rechtsausübung den factiſchen Beſitz des betreffenden Rechtes begründet; daß aber der fragliche Weg mit Ausnahme der Stelle, wo die Aufgrabung erfolgte, lediglich als ein Gehweg ohne Spuren von Fahrgeleiſen nach dem Augenſcheine ſich zeigt, und die einzige Befahrung desſelben durch den Kläger im Herbſte, ſomit zu einer Zeit erfolgte, wo vorausſichtlich dem Geklagten keine Feldbeſchädigung dadurch entſtand; daß aus dem Umſtande des einmaligen unſchädlichen Befahrens dieſes Weges und des nicht ſofort dagegen erhobenen Widerſpruches weder auf Seite des Klägers der Wille eines Rechtsbeſitzes, noch auf Seite des Geklagten die Duldung einer Rechtsausübung gefolgert werden kann, wenn nicht jede im nachbarlichen Verhältniſſe natürliche gegenſeitige Gefälligkeit ſchon den Grund zu einem factiſchen Beſitzerwerbe geben ſoll, welcher nur dann eintritt, wenn die Benützung des nachbarlichen Grundes als oder wie ein Recht beanſprucht wird, — hat der oberſte Gerichtshof die Entſcheidung des O. L. G. beſtätigt.

Nr. 4692.

Recursfriſt im Executionsverfahren behufs Einbringung eines vom Strafgerichte zuerkannten Betrages.

Entſch. v. 22. Auguſt 1872, Nr. 8484 (Beſt. des das Decr. des B. G. Rattenberg v. 18. April 1872, Nr. 1031, aufheb. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 6. Juni 1872, Nr. 2713). G. Z. 1873, Nr. 7.

Auf Grund des ſtrafgerichtlichen Urtheiles, wodurch B der Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre ſchuldig erklärt und in den Erſatz

der 25 fl. betragenden Proceßkosten des Privatanklägers verfällt worden war, begehrte und erwirkte der Letztere die Bewilligung der Mobilienpfändung. B überreichte gegen den Pfändungsbescheid am 14. Tage nach dessen Zustellung den Recurs, der von dem Gerichte erster Instanz nach §. 45 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß (achttägige Recursfrist) als verspätet abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das diese Abweisung aufhebende Decret der zweiten Instanz in Erwägung, daß die Recursfristen des summarischen Verfahrens nur dann platzgreifen, wenn ein solches auf eine vorausgegangene Klage eingeleitet wurde, keineswegs aber, wenn es sich um Beitreibung einer auf andere Art executionsfähig gewordenen Forderung von weniger als 210 fl. handelt.

Nr. 4693.

Handlungsfähigkeit Minderjähriger: Selbstständiges Einschreiten eines Minderjährigen um Execution eines strafgerichtlichen Entschädigungserkenntnisses.

Entsch. v. 28. August 1872, Nr. 8785 (Best. des Decr. des B. G. Wels v. 30. Juni 1872, Nr. 3588, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 23. Juli 1872, Nr. 14205). G. H. 1872, S. 430.

Auf Grund des strafgerichtlichen Urtheiles, durch welches dem B die Zahlung von 21 fl. als Schmerzengeld und Verdienstentgang an den minderjährigen A auferlegt worden ist, begehrte der Letztere mittelst seines Exofficiovertreters die executive Pfändung und Schätzung der Mobilien des B, welche in erster Instanz bewilligt und vollzogen wurde. — Auf den Recurs des Executen hat das O. L. G. den Bescheid der ersten Instanz und den Vollzug desselben cassirt, weil A bei seiner festgestellten Minderjährigkeit zur Einleitung des Executionsverfahrens und zur Bestellung eines Rechtsfreundes für die Durchführung der Execution nicht befähigt ist.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die erstgerichtliche Verordnung und der vollzogene Executionsact aufrecht erhalten. Gründe: Das Hofdcr. vom 4. Juni 1789, J. G. S. Nr. 1015, schreibt bei lit. f die Nichtigerklärung des Verfahrens wegen Mangels der Eigenberechtigung einer Partei nur für das der Urtheilsfällung vorausgehende Verfahren vor und bestimmt ausdrücklich, daß, wenn es zum richterlichen Spruche gekommen wäre, nur dem gesetzlichen Vertreter der nicht eigenberechtigten Partei bevorstehe, die Nichtigerklärung des Urtheiles und die Einleitung eines neuen Verfahrens zu begehren. Der Executt B war also zu einem solchen Ansuchen nicht berechtigt. Dem Einschreiten des A um die Execution steht auch nicht der §. 64 a. G. O. und der §. 243 a. b. G. B. im Wege, da es sich nicht mehr um eine

Klage desselben, sondern um die Vollstreckung eines strafgerichtlichen Erkenntnisses über die Privatansprüche des Beschädigten handelt, wozu nach §. 363 Str. P. O. (Vergl. §. 373 der Str. P. O. vom 23. Mai 1873) jeder Betheiligte, und im Sinne des §. 244 a. b. G. B. auch ein Minderjähriger berechtigt ist.

Nr. 4694.

Ausbleiben von einer, ohne Entscheidung über das Gesuch um Requirirug eines anderen Gerichtes, angeordneten Eidestagfahrt.

Entsch. v. 28. August 1872, Nr. 8908 (Best. des das Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 26. Juni 1872, Nr. 21589, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 16. Juli 1872, Nr. 13642). Jur. Bl. 1872, Nr. 32.

Zur Ablegung des von A angetretenen urtheilsmäßigen Haupteides wurde die Tagfahrt bei dem Erkenntnißgerichte angeordnet, obgleich A in der Eidesantretung gebeten hatte, daß um die Abnahme des Eides das Gericht seines Wohnortes Bochnia requirirt werde. Der Bescheid erwuchs in Rechtskraft und bei der Eidestagfahrt, die A unbesucht ließ, begehrte die Gegenpartei B, daß der Eid für nicht abgelegt erklärt werde. Der für A erschienene Vertreter desselben wies darauf hin, daß die Abnahme des Eides durch das Gericht in Bochnia begehrt, und dieses Begehren bei der Erledigung der Eidesantretung offenbar übersehen wurde, was aber seinem Clienten nicht zum Schaden gereichen dürfe, und bat um nachträgliche Ausfertigung des Requisitionsschreibens. — Das Gericht erster Instanz nahm darauf keine Rücksicht und erklärte den Haupteid für nicht abgelegt. — Von dem O. L. G. wurde dem Gerichte erster Instanz aufgetragen, vorerst über die in der Eidesantretung angebrachte und bei der Eidestagfahrt wiederholte Bitte des A um die Requisition des Gerichtes in Bochnia behufs der Abnahme des Eides nach §. 225 a. G. O. zu entscheiden und sodann das Weitere zu verfügen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil das Verfahren des Richters bei der Erledigung der Eidesantretung der Partei nicht zum Nachtheil, so wie dem Gegner nicht zum Vortheil gereichen kann.

Nr. 4695.

Summarischer Proceß: Frist zum Recurs gegen den Meistgebotsvertheilungsbescheid.

Entsch. v. 29. August 1872, Nr. 8899 (Best. des das Decr. des B. G. Klagenfurt v. 14. Mai 1872, Nr. 5227, aufheb. Decr. des O. L. G. Graz v. 13. Juni 1872, Nr. 6699). G. H. 1872, S. 415.

Nach der Entscheidung des summarisch verhandelten Processes des A gegen seinen Schuldner B leitete A die Mobilienexecution ein, welche durchgeführt wurde. Gegen den Bescheid, mit welchem das Executionsgericht die Vertheilung des Erlöses der Mobilienversteigerung unter den Gläubigern des B vornahm, ergriff einer der Gläubiger am 12. Tage den Recurs, welcher in erster Instanz als verspätet nach §. 45 des Gesetzes über den summarischen Proceß (achttägige Recursfrist) zurückgestellt wurde. — In Erwägung, daß bei Meistgebotsvertheilungsbescheiden den betheiligten Parteien die Recursfristen der a. G. O. zu Statten kommen, hat das O. L. G. die angefochtene Verordnung aufgehoben und dem Gerichte erster Instanz die meritorische Recursentscheidung aufgetragen.

Die obergerichtliche Verordnung, gegen die ein anderer Pfandgläubiger recurrirte, wurde von dem obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die Begründung des O. L. G. bestätigt.

Nr. 4696.

Rechtliche Natur von Kirchengiebigkeiten: Competenz der Gerichte. — Publicitätsprincip.

Entsch. v. 30. August 1872, Nr. 3248 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Neusandez v. 25. Oct. 1870, Nr. 3336 und des O. L. G. Krakau v. 11. Mai 1871, Nr. 2615). G. H. 1872, S. 422.

Die früheren Eigenthümer des Gutes X hatten der Kirche B jährlich eine bestimmte Getreidemenge als Messengiebigkeit geleistet. A, welcher im Jahre 1857 durch Kauf das Gut erwarb, verweigerte die Abstattung der Giebigkeit, weil sie in dem Grundbuche nicht eingetragen ist, wurde deshalb mit politischen Executionen (§. 3 der kaiserl. Verordn. vom 20. April 1854, R. G. Bl. Nr. 96) bedrängt und beschritt endlich den Rechtsweg, indem er mittelst Klage gegen die Finanzprocuratur das Recht der Kirche B zum Bezuge der Messengiebigkeit bestritt. Die Beklagte wendete ein, daß die Verpflichtung zur bestrittenen Leistung in dem öffentlichen Rechte gegründet sei, und davon abgesehen, daß die Kirche durch den 30jährigen Besitz das Bezugsrecht ersessen habe. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Wenn auch in älteren Verordnungen

und zuletzt in der kaiserl. Verordn. vom 20. April 1854, R. G. Bl. Nr. 96, §. 3, ausgesprochen wurde, daß die Giebigkeiten für Kirchen im politischen Wege eingebracht werden sollen, so hat dies nach der cit. kaiserl. Verordnung nur in den Fällen zu geschehen, wo das Bezugsrecht unbestritten ist. Die Verordnung vom 16. September 1808 (Piller'sche Sammlung Nr. 139) bestimmt ausdrücklich, daß die den Bezug von Zehent und anderen Naturalien betreffenden Streitigkeiten vor die Gerichte gehören, und daß dieselben hierüber nach den Vorschriften des Civilrechtes zu entscheiden haben. Die Einwendung, daß die fragliche Messengiebigkeit nach dem öffentlichen Rechte zu beurtheilen sei, ist daher ungegründet. Der von der Beklagten angebotene Zeugenbeweis für die 30jährige Besitzausübung ist, abgesehen von dem Mangel anderer Erfordernisse der Usucapion, schon deshalb unzulässig, weil der Kirche der Besitz des Rechtes fehlt (§. 1460 a. b. G. B.), in welchem sie sich seit 1857 nicht mehr befindet. Es kann daher dem Kläger als neuem Erwerber des Gutes die Last dieser Giebigkeit nach §. 443 a. b. G. B. nicht aufgebürdet werden. — Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung.

Die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten wurde von dem obersten Gerichtshofe verworfen. Gründe: Daß die fragliche Messengiebigkeit nicht in dem öffentlichen Rechte begründet sei, wurde schon von den Untergerichten ausgeführt. Als eine privatrechtliche Forderung aber kann sie nur durch die Eintragung in dem Lastenstande eines Grundstückes die Natur eines dinglichen Rechtes oder einer Reallast erlangen. Bis dahin ist sie ihrer Natur nach nur ein persönliches Recht. Unter diesen Verhältnissen konnte in der Ansicht der Untergerichte, die nach den §§. 443 und 1500 a. b. G. B. den rechtlichen Anspruch der Kirche auf den Fortbezug der bis 1857 ihr entrichteten, seither aber von dem Kläger als neuem Besitzer des Gutes X verweigerten Giebigkeit, ungeachtet der früheren, durch 30 Jahre fortgesetzten Abstattung, als nicht begründet erkannten, eine Gesetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden.

Nr. 4697.

Alveus derelictus: Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung über das Eigenthum an einem verlassenen Flußbette.

Entsch. v. 3. März 1872, Nr. 9035. Jur. Bl. 1872, Nr. 35.

Die A erhob gegen die Gemeinde B mittelst Klage den auf §. 410 a. b. G. B. gegründeten Anspruch des Eigenthumes an den ihre Grundstücke begrenzenden Theilen des vom Flusse X verlassenen Bettes. Die beklagte Gemeinde wendete dagegen die ihrerseits vollendete Ersitzung des ganzen Flußbettes ein. Das Gericht erster Instanz er-

kannte auf den für die Ersitzung angebotenen Zeugenbeweis und auf einen Gegenbeweis der Klägerin. In Folge der gegen die Zulassung des letzteren Beweises ergriffenen Appellation der Beklagten kam der Proceß vor das O. L. G., welches den Landesausschuß um sein Gutachten über die Frage anging, ob die Sache auf dem Rechtswege oder auf dem Verwaltungswege zu entscheiden sei. Der Landesausschuß sprach sich gegen die gerichtliche Competenz aus, weil es sich eigentlich nicht um ein verlassenes Flußbett, sondern um einen aus öffentlichen Rücksichten zum Schutze gegen Ueberschwemmungen zu erhaltenden Wasserabzugsgraben handle (Gesetz vom 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93 und Landesgesetz vom 28. August 1870, L. G. Bl. für Niederösterreich Nr. 56).

Der oberste Gerichtshof, welchem das O. L. G. die Acten nach dem Hofdecrete vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, zur Entscheidung der Zuständigkeitsfrage vorlegte, erklärte, nach vorgängiger Rücksprache mit dem Ackerbauministerium, das Gericht für zuständig und trug dem O. L. G. die Proceßentscheidung auf, weil der Streit um das Eigenthum eines verlassenen Flußbettes ein Gegenstand der richterlichen Entscheidung ist, welche durch eine aus öffentlichen Rücksichten dem Eigenthümer aufzulegende Beschränkung oder Vorkehrung (im vorliegenden Falle: die Verpflichtung desselben, das Flußbett als Wasserabzugsgraben zu erhalten) nicht ausgeschlossen wird.

Nr. 4698.

Unzulässigkeit des a. o. Revisionsrecurses gegen Executionsbescheide in einer summarisch verhandelten Rechtssache.

Entsch. v. 3. Sept. 1872, Nr. 9080. Spruchrepertorium Nr. 19. G. Z. 1872, Nr. 94. (Manz'sche Sammlung I, S. 96.)

In der summarischen Rechtssache der Gebrüder A wider die B wurde auf Grund des Urtheils von dem Gerichte erster Instanz nach vollzogener executiven Pfändung und Schätzung die executive Feilbietung der Effecten der Geklagten bewilligt. Gegen das den erstrichterlichen Executionsbescheid bestätigende Decret des O. L. G. ergriff die B den a. o. Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe als unzulässig verworfen wurde, „weil die Executionsbescheide in einer summarisch verhandelten und entschiedenen Rechtssache ergingen und in summarischen Rechtssachen Hofrecurse gegen gleichförmige Bescheide nach §. 51 des Hofdcr. vom 24. October 1845, Nr. 906, unzulässig sind."

Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Der §. 51 der Vorschrift über das summarische Verfahren vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906,

gilt auch für a. o. Revisionsrecurse gegen Bescheide des Spruchrichters, welche im Executionsverfahren auf Grund eines Spruches im summarischen Verfahren ergingen.

Nr. 4699.

Habitatio: Untergang der dienenden Sache.

Entsch. v. 5. Sept. 1872, Nr. 6662 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Falkenau v. 19. Jänner 1872, Nr. 516 und des O. L. G. Prag vom 23. April 1872, Nr. 12182). G. H. 1872, S. 443.

In dem Vertrage, mit welchem die Eheleute B das Anwesen der Eheleute A kauften, verpflichteten sie sich, den Verkäufern für Lebenszeit und ihren Kindern, so lange sie ledig bleiben, in dem Hause die Herberge und Localien zur Aufbewahrung von Getreide, Holz, Futter und Stroh, sowie einen Platz in der gemeinsamen Wohnstube einzuräumen. Die betreffenden Localitäten wurden den Verkäufern übergeben und das ihnen eingeräumte Recht ward auf dem Anwesen intabulirt. Nachdem eine Feuersbrunst, die das Haus zerstörte, ihnen die Ausübung des Rechtes der Wohnung und sonstigen Benutzung desselben unmöglich gemacht hatte, belangten sie die Eheleute B auf entsprechenden Ersatz in Geld, bis zum Wiederaufbau des Hauses. — Dieses Begehren wurde in allen Instanzen abgewiesen, — von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung: Durch die Uebergabe der den Klägern eingeräumten Localitäten und durch die Eintragung ihres Wohnungs- und Benutzungsrechtes in dem Grundbuche haben sie an dem Hause der Beklagten nach den §§. 480 und 481 a. b. G. B. das dingliche Recht der Dienstbarkeit erworben, und es kann daher, nachdem die von dem Letzteren übernommene Vertragspflicht durch die Erfüllung derselben erloschen ist, die Frage: ob die Beklagten verpflichtet seien, das Haus wieder herzustellen und bis dahin die Kläger für die entbehrte Benutzung zu entschädigen, nicht mehr nach den gesetzlichen Vorschriften über Verträge, sondern nur nach jenen über Dienstbarkeiten beurtheilt und entschieden werden. Nach den letzteren Vorschriften (§§. 482 und 525 a. b. G. B.) ist aber das auf Entschädigung gerichtete Klagebegehren unbegründet, um so mehr, als die Kläger nicht behauptet, viel weniger bewiesen haben, daß die Beklagten an dem Abbrennen des Hauses irgend eine Schuld tragen.

Nr. 4700.

Ersatzanspruch wegen unbegründeten Rücktrittes vom Verlöbnisse.

Entsch. v. 5. Sept. 1872, Nr. 7338 (Best. der Urth. des B. G. Hainspach v. 23. Dec. 1871, Nr. 3673 und des O. L. G. Prag v. 16. April 1872, Nr. 9663). G. H. 1872, S. 375.

B hatte sich mit der A verlobt, kam nicht zur Trauung und wurde nun von der A mit der Ersatzklage nach §. 46 a. b. G. B. belangt. Der von ihr gemachte Aufwand bestand in den Kosten der Ausstattungssachen, der Verpackung und Verführung derselben zur Eisenbahnstation, der Verkündigung und der Vorbereitung der Hochzeitstafel und betrug in Allem 2898 fl.; den Ersatzanspruch stellte sie auf 1564 fl. — Beide Untergerichte erkannten nach dem Klagebegehren unter Mäßigung der Klagesumme und unter der Bedingung, daß die Klägerin mit dem Haupteide den gemachten Aufwand beweise und mit dem Schätzungseide den zuerkannten Betrag des Schadens beschwöre. In den Motiven der zweiten Instanz wurde angeführt: Um den Entschädigungsanspruch zu entkräften, hatte B zu beweisen, daß die Ursache zu seinem Rücktritt von dem Eheverlöbnisse auf Seite der A entstanden sei. In dieser Beziehung wurde nun von ihm vorgebracht, daß er das Vertrauen auf eine glückliche Ehe mit der A verloren habe, seit er aus dem — nach der Verlobung ihm übersandten — Taufschein der A entnommen hatte, daß sie bereits 30 Jahre alt sei, nachdem ihm von der Schwester derselben früher versichert worden war, daß sie erst 25 Jahre zähle, und seit er wahrgenommen, daß die A einen seine Mittel weit übersteigenden Aufwand mache. Allein nach dem Wortlaute und dem Sinne des §. 46 a. b. G. B. muß die den Schadenersatzanspruch ausschließende Ursache zum Rücktritt *nach* der Schließung des Eheverlöbnisses entstanden sein; das Alter der A kann daher als eine in ihr gelegene gegründete Ursache des Rücktrittes nicht angesehen werden. Was aber ihren angeblichen Aufwand anbetrifft, so kann der Behauptung des B schon wegen ihrer Allgemeinheit keine Beachtung geschenkt werden, da er unterlassen hat, dieselbe durch Anführung bestimmter Thatsachen näher zu begründen. Die Ersatzpflicht des B tritt übrigens nur dann ein, wenn ihm selbst ein Verschulden zur Last fällt, weil der §. 46 a. b. G. B. desfalls keine besonderen Bestimmungen enthält, mithin die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über den Schadenersatz, daher auch jene des §. 1215 a. b. G. B. Anwendung finden müssen. Das Verschulden des B liegt aber darin, daß er ohne jede gegründete Ursache von dem Verlöbniß zurückgetreten ist. Denn das Alter der A kann ihm dafür nicht zur Rechtfertigung dienen, weil er die A persönlich kannte, ehe er sich mit ihr verlobte, und sie noch immer um einige Jahre jünger als er, daher das Altersverhältniß hier ohne Belang

ist. Der Mangel einer Mitgift kann ebenso wenig von ihm geltend gemacht werden, nachdem er bei dem Verlöbniß mit der Erklärung des Vaters der A, daß er wegen schlechter Ernte auf das der Tochter zugedachte Heiratsgut nicht rechnen dürfe und inzwischen mit der Ausstattung sich begnügen müßte, sich zufrieden gestellt hat. Bei dieser Sachlage ist B jedenfalls zum Ersatze des der A durch den Rücktritt verursachten Schadens verpflichtet. Was nun die von ihr desfalls gestellten Ansprüche anbetrifft, so sind dieselben zweifacher Art, indem die Auslagen zum Theile der A kein Aequivalent zuführten und zum Theile zur Ausstattung gemacht wurden. Die ersteren (Kosten der Verpackung und Verführung der Ausstattungssachen, des Aufgebotes, der Hochzeitstafel) begründen einen positiven Schaden der A, weil dieser von ihr gemachte Aufwand nachgerade fruchtlos geworden ist. Ein positiver Schade erwuchs ihr aber auch aus der Anschaffung der Ausstattung, weil auch diese nur der Ehe wegen angeschafft wurde, den Bedarf außer der Ehe regelmäßig überschreitet, daher entweder langsam verbraucht oder abgenutzt wird und auf diese Weise an ihrem Werthe verliert oder weit unter dem Anschaffungspreise veräußert werden muß.

Der oberste Gerichtshof verwarf die von B ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde im Wesentlichen aus den vorstehenden Gründen der zweiten Instanz.

Nr. 4701.

Wechselseitiges Testament: rechtliche Stellung der nachberufenen Erben.

Entsch. v. 5. Sept. 1872, Nr. 8972 (Best. des Decr. des B. G. Stockerau v. 20. März 1872, Nr. 903, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 23. April 1872, Nr. 7909). Jur. Bl. 1872, Nr. 35.

M starb kinderlos mit Hinterlassung der Witwe B und eines von beiden Ehegatten gemeinschaftlich errichteten Testamentes, worin sie einander zu Erben einsetzten und weiter verfügten, daß nach dem Tode Beider ihre nach dem Gesetze zur Erbfolge berufenen Verwandten je die Hälfte des hinterlassenen Vermögens erhalten sollen, ohne daß irgend einer derselben berechtigt sei, noch bei Lebzeit eines der Ehegatten für einen eventuellen Erbtheil Sicherstellung zu fordern. Nachdem die Erbschaft von der B unbedingt angetreten und von dem Abhandlungsgerichte für die unbekannten gesetzlichen Erben der B zur Wahrung der nach ihrem Tode ihnen zustehenden Erbrechte auf die Hälfte des von ihr zurückgelassenen Vermögens ein Curator bestellt worden war, begehrte die B die gerichtliche Versteigerung der Nachlaßrealitäten, welche von dem Abhandlungsgerichte ohne vorgängige Anhörung des erwähnten Curators bewilligt wurde. Dagegen ergriff der letztere den Recurs, in welchem er ausführte, daß das Testament

eine fideicommiſſariſche Subſtitution mit der B als Fiduciarerbin und den Verwandten beider Ehetheile als Nacherben enthalte, mithin der B an den Nachlaßrealitäten nur ein eingeſchränktes Eigenthum mit den Rechten und Pflichten eines Nutznießers zuſtehe; daß, wenn dieſes Verhältniß ſeinerzeit in dem Grundbuch angemerkt wird, ſeine Curanden einen aus dem Weſen der fideicommiſſariſchen Subſtitution ſelbſt ſich ergebenden Schutz ihrer Rechte genößen, der ihnen aber verloren ginge, wenn das unbewegliche Vermögen zu Geld gemacht würde, da das Teſtament dem Begehren um (die darin ausgeſchloſſene) Sicherſtellung der Nacherbenrechte jede Stütze entziehe; daß auch der §. 158 des kaiſerl. Patentes v. 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, die grundbücherliche Anmerkung der Subſtitution bei den Immobilien ausnahmslos vorſchreibe, dagegen hinſichtlich der beweglichen Güter die Erlaſſung der Sicherſtellung der Nacherben von Seite des Teſtators erwähne. — Auf dieſen Recurs wurde von dem O. L. G. der erſtgerichtliche Beſcheid aufgehoben und verordnet, daß auf das Feilbietungsgeſuch der B eine Tagfahrt anberaumt und nach Anhörung aller Betheiligten darüber entſchieden werde.

Der oberſte Gerichtshof reſtituirte den erſtgerichtlichen Beſcheid in Erwägung, daß laut des nicht beſtrittenen Teſtamentes das freie Verfügungsrecht des überlebenden Ehetheiles nach dem Willen des Erblaſſers nicht beſchränkt werden darf, und daß bei der von dem O. L. G. angeordneten Tagfahrt im Wege des Verfahrens außer Streitſachen, keine anderen, die Sachlage verändernden Geſichtspunkte zu Tage gefördert werden können.

Nr. 4702.

Zeitliche Colliſion der Geſetze: Beurtheilung der Zuläſſigkeit von Rechtsmitteln in Grundbuchsſachen.

Entſch. v. 11. Sept. 1872, Nr. 9409. G. H. 1872, S. 502.

Gegen die gleichförmigen Entſcheidungen der Untergerichte, mit welchen das vor dem Beginne der Wirkſamkeit des allgem. Grundb. G. vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, angebrachte Geſuch des A gegen B um Pfandrechtspränotation abgewieſen wurde, ergriff A nach dem Eintritt der Wirkſamkeit desſelben den a. o. Reviſionsrecurs, den der oberſte Gerichtshof, als nach §. 130 des citirten Geſetzes unzuläſſig, zurückwies.

Nr. 4703.

Löſchung der Vormerkung ungeachtet der ſchwebenden a. o. Reviſion gegen die Abweiſung der Rechtfertigungsklage.

Entſch. v. 12. Sept. 1872, Nr. 9281 (Beſt. des das Decr. des L. G. Prag v. 1. Juni 1872, Nr. 13621, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 8. Juli 1872, Nr. 20791). Spruchrepertorium Nr. 20. G. Z. 1872, Nr. 94. Zeitſchr. für das Notariat 1873, Nr. 43. (Manz'ſche Sammlung I, S. 97.)

Nachdem die Klage des A wider B wegen Rechtfertigung der von A auf einer Liegenſchaft des Beklagten erwirkten Pfandrechtspränotation von beiden Untergerichten abgewieſen worden war, begehrte dieſer die Löſchung der Vormerkung. — Das Gericht erſter Inſtanz wies ſein Begehren ab, wegen der inzwiſchen von A ergriffenen a. o. Reviſionsbeſchwerde, wogegen das O. L. G. die angeſuchte Löſchung nach §. 46 des Grundb. G. v. 25. Juli 1871, bewilligte.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte den oberlandesgerichtlichen Beſcheid.

Zugleich wurde die Eintragung des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Die vom Kläger ergriffene a. o. Reviſionsbeſchwerde gegen zwei gleichlautende Urtheile, womit deſſen Begehren im Vormerkungs-Rechtfertigungsproceſſe abgewieſen wurde, hindert nicht, die vom Geklagten auf Grund der rechtskräftigen Erkenntniſſe angeſuchte Löſchung der Vormerkung im Sinne des §. 46 des Grundb. G. v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, zu bewilligen.

Nr. 4704.

Unſtatthaftigkeit der Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterſchaft im Falle der rechtlich feſtſtehenden Ehelichkeit des Kindes.

Entſch. v. 13. Sept. 1872, Nr. 8998 (Beſt. des das Urth. des B. G. Blatna v. 26. Mai 1871, Nr. 2490, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 6. Nov. 1871, Nr. 33166). G. H. 1872, S. 446.

Im vierten Monate nach ihrer Verheiratung mit D gebar die C das Mädchen A während der Abweſenheit des D. In dem Taufbuche wurde die A als uneheliche Tochter der C eingetragen und die Letztere mit dem Zunamen ihrer Familie ohne Angabe ihres Standes bezeichnet. Als D zurückkehrte, weigerte er ſich, die A als ſein Kind anzuerkennen, ohne die Vaterſchaft in der im §. 156 a. b. G. B. beſtimmten Friſt gerichtlich zu widerſprechen, und übergab das Kind, welches er in ſeinem Hauſe nicht dulden wollte, den Eltern der C. Zehn Jahre ſpäter belangten die C und der für das Kind beſtellte Vormund den B als deſſen unehelichen Vater mit der Paternitäts- und Alimen-

tationsklage. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte auf den Zeugenbeweis, welchen die Kläger über die außergerichtliche Anerkennung der Vaterſchaft von Seite des Beklagten, über die von D verweigerte Anerkennung der Vaterſchaft zu dem Kinde u. ſ. w. angeboten hatten. — Von dem O. L. G. wurde das Klagebegehren ſofort verworfen.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz. Gründe: Es liegt nicht vor, daß D die Vaterſchaft zu dem Kinde in der Friſt des §. 156 a. b. G. B. gerichtlich widerſprochen hat; ſeine außergerichtliche Weigerung, die Ehelichkeit desſelben anzuerkennen, iſt aber ohne Rechtswirkung. Demnach erwuchs die durch die Geburt der A in der Ehe des D mit der C begründete einfache Vermuthung der Ehelichkeit des Kindes zu einer praesumtio juris et de jure, die keinen Gegenbeweis zuläßt. Es kann daher die eheliche Geburt der A nicht mehr abgeſprochen werden, ſelbſt wenn bewieſen würde, daß ſie der Beklagte in außerehelichem Beiſchlafe mit der C erzeugt oder eingeſtanden habe, ihr Vater zu ſein. Iſt aber das Kind ein eheliches, ſo kann der Beklagte von dem Richter nicht als deſſen unehelicher Vater erklärt und zur Alimentation verurtheilt werden. Die gegen ihn angeſtellte Klage iſt daher ganz unbegründet.

Nr. 4705.

Actio negatoria: Beweislaſt.

Entſch. v. 17. Sept. 1872, Nr. 8098 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Kremſier v. 6. Dec. 1871, Nr. 7293 und des O. L. G. Brünn v. 29. Mai 1872, Nr. 4535). Jur. Bl. 1872, Nr. 36.

Der oberſte Gerichtshof hat der von beiden Untergerichten abgewieſenen negatoriſchen Servitutsklage der Eheleute A gegen die B aus folgenden Gründen ſtattgegeben. Die Kläger ſind Eigenthümer des Feldes Nr. 34 in X, auf welchem eine Servitut zu Gunſten der B im Grundbuche nicht eingetragen iſt. Die Letztere hat nicht in Abrede geſtellt, daß ſie, ſo oft ſie von X nach Y und zurück zu gehen hatte, den Feldrain zwiſchen dem Grundſtücke Nr. 34 und dem Grundſtücke Nr. 9 als Fußweg benutzte und, nachdem die Kläger den Rain eingeackert hatten, ihren Weg, trotz dem öffentlich kundgemachten Verbote der Kläger, über den neuen Ackergrund nahm. Da ſie nun behauptet, hiezu berechtigt zu ſein, muß ſie, gegen die negatoriſche Klage der Eheleute A, das Beſtehen dieſes Rechtes beweiſen, indem anderen Falles es keinem Zweifel unterliegt, daß ſie ſich gegen die Kläger eine Servitut anmaßt. Die B ſtützt nun ihre Rechtsbehauptung darauf, daß der jetzt eingeackerte Feldrain durch mehr als 30 Jahre den Gemeindegenoſſen von X als Gemeinde-Fußſteig gedient habe; allein nach der von der mähriſchen Statthalterei als der competenten Ver-

waltungsbehörde ertheilten Auskunft hatte der in Frage stehende Feldrain nicht die Eigenschaft eines öffentlichen Weges. Die Beklagte hat ferner geltend gemacht, daß von ihr selbst der Feldrain durch 30 Jahre benutzt wurde; allein diese Anführung ist, gegen den Widerspruch der Kläger, nicht für wahr zu halten. Daraus aber, daß andere Insassen von X durch noch so lange Zeit den Rain als Fußsteig benutzt haben, kann die Beklagte für sich ein Servitutsrecht nicht ableiten. Da sie mithin den ihr obliegenden Rechtsbeweis nicht erbracht hat, mußte dem Begehren der Kläger stattgegeben werden.

Nr. 4706.

Feststellung der Ablohnung eines Sequesters im Zusammenhang mit der Genehmigung seiner Rechnungslegung.

Entsch. v. 17. Sept. 1872, Nr. 9697 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 4. Juni 1872, Nr. 31860, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 23. Juli 1872, Nr. 13951). G. Z. 1873, Nr. 62.

Nachdem die gegen A verfügte executive Sequestration seines Hausantheiles aufgehoben worden war, belangte A den seiner Function enthobenen Sequester B auf Ablage der Rechnung. Die in Folge des von den Parteien geschlossenen Vergleiches dem Kläger außergerichtlich gelegte Rechnung wurde von demselben mit Ausnahme der von dem Sequester in Anspruch genommenen Kosten an Verdienst und Auslagen für richtig befunden, bezüglich welcher A sich an das Gericht mit dem Begehren wendete, daß die in die Rechnung eingestellten Sequestrationskosten gerichtlich bestimmt und nach Hofdcr. v. 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, unter Zuziehung des Sequesters eine Tagsatzung angeordnet und derselbe beauftragt werde, das detaillirte Expensar über seine Mühewaltung und baren Auslagen mitzubringen. — Das Gericht erster Instanz erledigte das Gesuch in diesem Sinne. Das O. L. G. wies dasselbe als ordnungswidrig zurück (§. 297 a. G. O.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung in der Erwägung, daß das von dem Sequester angesprochene Honorar für die von ihm besorgte Sequestrationsführung zu den Sequestrationskosten gehört und einen Bestandtheil der von ihm zu erstattenden Sequestrationsrechnung zu bilden hat, und daß nach §. 297 a. G. O. mit einer Sequestrationsrechnung in Bezug auf deren Genehmhaltung und Bemänglung eben so, wie mit einer jeden anderen Rechnung vorzugehen ist.

Nr. 4707.

Stillſchweigende Uebergehung eines Notherben: Verweiſung desſelben auf den Rechtsweg.

Entſch. v. 18. Sept. 1872, Nr. 9505 (Beſt. des das Decr. des B. G. Brünn v. 13. Mai 1872, Nr. 10248, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 2. Juli 1872, Nr. 7172). G. H. 1873, S. 11.

Die M hat vier von ihren fünf Söhnen zu Erben eingeſetzt und den fünften Sohn A, der Cridar iſt, mit Stillſchweigen übergangen. Nachdem die eingeſetzten Erben ſich ex testamento erbserklärt, und der Verwalter des A'ſchen Concurſes ebenfalls die bedingte, ausdrücklich auf den Pflichttheil des A beſchränkte Erbserklärung abgegeben hatte, wurde die im §. 125 des Geſetzes v. 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, vorgeſehene Tagfahrt abgehalten und darauf von dem Gerichte erſter Inſtanz in Erwägung, daß der Pflichttheil dem Uebergangenen ohne Beſchränkung aus dem Geſetze gebührt, daß derſelbe dem Notherben von dem Erblaſſer nur aus einem der in den §§. 768 und 770 a. b. G. B. bezeichneten Enterbungsgründe entzogen werden kann, der Enterbungsgrund aber nach §. 771 ibid. von den eingeſetzten Erben erwieſen werden muß, — an die Teſtamentserben die Aufforderung erlaſſen, mittelſt Klage binnen 30 Tagen gegen die Concursmaſſe des A den geſetzlichen Enterbungsgrund auszuweiſen, widrigens dem Letzteren der Pflichttheil bei der Verlaſſenſchaftsabhandlung zugeſprochen werden würde.

In Erwägung, daß bei der obigen Tagfahrt der Verwalter der A'ſchen Concursmaſſe erklärt hat, die Giltigkeit des Teſtamentes der M nur wegen der wiſſentlichen Uebergehung des A zu beſtreiten, worin deſſen ſtillſchweigende Enterbung gelegen iſt; daß bei der Tagfahrt die Teſtamentserben das Daſein eines Enterbungsgrundes gar nicht behaupteten, mithin der §. 771 a. b. G. B. gegen ſie nicht angewendet werden kann; daß nach §. 776 und 781 ibid. der mit Stillſchweigen übergangene Notherbe den Pflichttheil fordern, dies aber nur auf dem Wege einer von ihm anzuſtellenden Klage geſchehen kann; daß bisher von A, reſp. dem Concursmaſſeverwalter das Teſtament der M durch die oben angeführte Erklärung nicht im Sinne des Geſetzes als in ſeiner Totalität beſtritten anzuſehen iſt, und folglich der §. 126 des kaiſerl. Patentes vom 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208 maßgebend bleibt, — hat das O. L. G. die Concursmaſſe des A zur Verfolgung des Pflichttheilsanſpruches auf den gegen die Teſtamentserben binnen 30 Tagen zu betretenden Rechtsweg gewieſen. — Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die obergerichtliche Verordnung aus deren Gründen.

Nr. 4708.

Eisenbahn-Expropriationsverfahren: Voraussetzungen der Vornahme der im gütlichen Uebereinkommen verabredeten gerichtlichen Schätzung.

Entsch. v. 18. Sept. 1872, Nr. 9592 (Best. des das Decr. des B. G. Smichow v. 12. Mai 1872, Nr. 6365, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 11. Juni 1872, Nr. 17575). G. Z. 1873, Nr. 80.

Auf Grund des von der Eisenbahngesellschaft A mit dem B am 29. December 1871 getroffenen Uebereinkommens, gemäß welchem der Werth des von der Bahngesellschaft für den Bahnbau in Anspruch genommenen Grundstückes X des B ohne vorgängiges Expropriationserkenntniß durch gerichtliche Schätzung festgestellt werden sollte, begehrte die Gesellschaft die Schätzung, die in erster Instanz ohne Weiteres bewilligt wurde. — Auf den Recurs des B erließ das O. L. G. den Auftrag, eine Tagsatzung zur Vernehmung des Gegners anzuordnen und erst dann über das Gesuch zu entscheiden, „weil im vorliegenden Falle die begehrte gerichtliche Abschätzung des bezeichneten Grundstückes gegen den Eigenthümer desselben von der Eisenbahngesellschaft, folglich von einer dritten Person angesucht wird; eine solche Schätzung aber bei dem Umstande, als dieselbe nicht in Gemäßheit des §. 9 lit. c der Min.-Verordn. v. 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, betreffend die Concessionen für Eisenbahnbauten auf Grund eines Expropriationserkenntnisses vorgenommen werden soll — nach Vorschrift der §§. 187 und 188 a. G. O. außer dem Falle eines Spruches durch gerichtliche Verordnung nach Maßgabe des Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620 lit. g, nur dann bewilligt werden kann, wenn Gefahr am Verzuge ist, oder wenn in Folge der Vernehmung des Gegentheiles sich zwischen den Parteien ein Widerspruch nicht ergibt, das Vorhandensein einer solchen Gefahr aber von der Bahngesellschaft selbst nicht behauptet wurde. — In dem gegen diese Verordnung ergriffenen Revisionsrecurse der Eisenbahngesellschaft wurde angeführt: Der §. 4 des Gesetzes vom 29. März 1872, R. G. Bl. Nr. 39, bestimme, daß das Expropriationserkenntniß durch ein gütliches Uebereinkommen ersetzt werden kann, wenn sich die Parteien auf die durch gerichtliche Schätzung zu ermittelnde Entschädigung einigen und von dem Commissär der Verwaltungsbehörde dieses Uebereinkommen bestätigt wird. Dieses Uebereinkommen sei aber in dem mit dem Schätzungsgesuche vorgelegten Protokolle vom 29. December 1871 eben zu Stande gekommen und das letztere von der Verwaltungsbehörde bestätigt worden. Die in der obergerichtlichen Entscheidung citirten Vorschriften seien hier nicht anwendbar, da schon durch den Ministerialerlaß v. 29. December 1863, Nr. 25.293 (Handelsministerialerlaß v. 5. Jänner 1864, Nr. 46—5), ein abgekürztes Expropriationsverfahren als zulässig erklärt wurde, wonach sogleich die Schätzung stattfinden soll, ohne daß das im §. 9

lit. c des Eisenbahn-Concessionsgesetzes v. 14. September 1854 vorgeschriebene Expropriationserkenntniß nothwendig ist. Da die Recurrentin nicht um die Zulassung eines Kunstverständigenbeweises eingeschritten ist, so fänden auch die §§. 187 und 188 a. G. O., dann das Hofdcr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620, im vorliegenden Falle keine Anwendung und es entbehre daher die obergerichtliche Entscheidung jeder Begründung. Von allem anderen abgesehen, sei die nachgesuchte gerichtliche Schätzung deshalb zu bewilligen, weil beide Parteien sich auf dieselbe durch einen Vergleich geeinigt haben, hier nur das Compromiß maßgebend und an dem Rechtsgrundsatze festzuhalten sei: „Pacta dant legem contractibus.“

Der oberste Gerichtshof hat den Recurs aus folgenden Gründen verworfen: Die Folgerungen, welche die Recurrentin daraus ableitet, daß die Parteien nach dem in dem Protokolle v. 29. Dec. 1871 getroffenen Uebereinkommen auf die Erwirkung eines förmlichen Expropriationserkenntnisses verzichteten und einwilligten, daß der Werth der Grundfläche des dem B gehörigen Grundstückes durch gerichtliche Schätzung sichergestellt werden solle, müssen auf das gehörige Maß durch die Erwägung beschränkt werden, daß durch ein derlei gütliches Uebereinkommen ein Expropriationserkenntniß nach den Bestimmungen des Gesetzes v. 29. Mai 1872, R. G. Bl. Nr. 39, nur dann ersetzt werden kann, wenn das Vorhandensein und der Inhalt des gütlichen Uebereinkommens der Parteien bezüglich des Gegenstandes, dessen Werth durch gerichtliche Schätzung ermittelt werden soll, selbst nicht unter den Betheiligten streitig ist. Diese selbstverständliche Voraussetznng tritt aber eben in dem vorliegenden Falle nicht ein, da insbesondere aus den von B seinem Recurse gegen den erstrichterlichen Bescheid angeschlossenen Erlässen der k. k. Bezirkshauptmannschaft hervorgeht, daß in Folge der von ihm erhobenen Beschwerden an die Bauunternehmer der Eisenbahn bezüglich der Inanspruchnahme von 40 Klafter des Grundstückes X zum Bahnbau ein Bauverbot erlassen worden ist, weshalb auch bei der in Frage stehenden gerichtlichen Schätzung die Anwendung der in der obergerichtlichen Entscheidung bezogenen Bestimmungen der a. G. O. gerechtfertigt erscheint.

Nr. 4709.

Gerichtsstand des Vertrages: Annahme der den Zahlungsort bestimmenden Factura und Ablehnung der Annahme der Waare.

Entsch. v. 19. Sept. 1872, Nr. 8617 (Best. des Urth. des H. G. Prag v. 15. April 1872, Nr. 20499, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 25. Juni 1872, Nr. 17382). Jur. Bl. 1872, Nr. 43.

Der Kaufmann B in Holleschau bestellte bei dem Reisenden des in Prag etablirten Kaufmannes A eine Quantität Kaffee; als Ort

der Lieferung und Uebergabe wurde Hullein, die nächste Eisenbahnstation bei Holleschau, stipulirt, über den Ort der Zahlung aber kein Uebereinkommen getroffen. Am 17. September 1870 versandte A die Waare von Prag nach Hullein und überschickte dem B in einem Briefe die Factura, worin Prag als Zahlungsort des Kaufpreises bezeichnet war. Die Waare kam am 1. October nach Hullein und am 3. October in die Hände des B, der am nächstfolgenden Tage dem A brieflich anzeigte, daß der Kaffee von ganz ordinärer, nicht von der bestellten Sorte sei und einen thranigen Geschmack habe, daß er ihn nicht verwenden könne und dem Verkäufer zur Verfügung stelle. A nahm die Waare nicht zurück und belangte den B bei dem Handelsgerichte in Prag als forum contractus auf die Zahlung des Kaufpreises. In der summarisch geführten Verhandlung erhob B zuvörderst die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes. — Das Gericht erster Instanz verwarf die Einwendung und erkannte in merito. — Von dem O. L. G. wurde aus den nachstehenden Gründen der Incompetenzeinwendung stattgegeben. Bei der Bestellung der Waare wurde die Zahlung des Preises in Prag nicht ausdrücklich festgesetzt. Wenn nun bei der am 17. September erfolgten Absendung der Waare von Prag in der gleichzeitig dem B eingeschickten Factura Prag als Zahlungsort des Kaufpreises bestimmt worden ist, so war dies jedenfalls eine neue Festsetzung, eine neue, von B mit dem Mandatar des A nicht verabredete Vertragsbedingung, und die unter dieser Bedingung von Seite des A erfolgte Annahme der Bestellung gilt nach Art. 322 H. G. B. als Ablehnung des Antrages des B, verbunden mit einem neuen Antrage. In Fällen, wo nicht der Abschluß eines förmlichen, durch ausdrückliche Erklärungen zu Stande gekommenen Vertrages vorher ging, muß allerdings die Factura als ein Bestandtheil des durch stillschweigende Einwilligung vollzogenen Vertragsschlusses angesehen werden, zumal die Waare in der Regel auf eine allgemeine Bestellung geliefert wird und gewöhnlich erst die Factura die Preise und Bedingungen enthält, unter denen der Verkauf und die Versendung der Waare geschieht. Diese Wirkung hat aber die Factura nur dann, wenn der Besteller die ihm zugeschickte Waare behält, indem dann angenommen wird, daß er auch mit den facturirten Bestimmungen, unter welchen die Waarensendung erfolgte, einverstanden war. Dieser Fall ist aber hier nicht eingetreten, da B die Waare nicht behalten hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Abweisung der Incompetenzeinrede und trug dem O. L. G. die meritorische Proceßentscheidung auf. Gründe: Dadurch, daß B die Prag als den Zahlungsort ausdrücklich bezeichnende Factura anstandslos angenommen und nicht zurückgeschickt, sondern behalten hat, ist der von A geltend gemachte Gerichtsstand des Vertrages im Sinne des §. 43 J. N. begründet worden. Dem steht nicht entgegen, daß B den Kaffee wegen

angeblich mangelhafter Qualität sofort dem A zur Verfügung gestellt und aus diesem Grunde die Annahme abgelehnt hat, weil das Nichtbehalten der auf Bestellung zugeschickten Waare an dem durch die anstandslose Annahme der Factura erzeugten Rechtsverhältnisse der Parteien nichts zu ändern vermag, und die Frage, ob der Beklagte berechtigt war, die Waare dem Kläger zur Verfügung zu stellen, nur Gegenstand der meritorischen Proceßentscheidung sein kann.

Nr. 4710.

Unzuläßigkeit des Mandatsproceßes (Zuläßigkeit des Executivproceßes) bei Abgang eines urkundlichen Nachweises über das Verßäumniß eines Zahlungstermines.

Entsch. v. 19. Sept. 1872, Nr. 9264 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 24. Mai 1872, Nr. 30697, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Juni 1872, Nr. 12007). Jur. Bl. 1873, Nr. 39.

Die Eheleute B haben der A für eine Kaufschillingsforderung von 6000 fl., die sie ihr schuldig waren, eine lebenslängliche in Vierteljahresraten zahlbare Leibrente jährlicher 500 fl. bestellt und für den Fall der Verßäumung eines der zur Zahlung der Raten festgesetzten Termine sich zur Zahlung der 6000 fl. ohne Anspruch auf Vergütung der inzwischen entrichteten Leibrentenbeträge verpflichtet. Nachdem die Eheleute B mehrere Jahre hindurch die Rente pünktlich bezahlt hatten, belangte sie die A unter Vorlage der über den obigen Vertrag errichteten Urkunde mit der Mandatsklage auf die Zahlung der 6000 fl., indem sie anführte, daß die Beklagten mit der letztverfallenen Rate der Leibrente im Rückstande geblieben seien. — Vor dem Gerichte erster Instanz wurde auf die Klage der ordentliche, schriftliche Proceß eingeleitet. Dagegen ergriff A den Recurs, worin sie das Begehren um Behandlung der Klage als Mandatsklage durch Erlassung des Zahlungsbefehles an die Beklagten wiederholte. — Auch das O. L. G. verweigerte den Zahlungsauftrag, weil das angesprochene Recht durch die von den Beklagten unterlassene Erfüllung ihrer vertragsmäßigen Pflicht bedingt und der Eintritt dieser Bedingung urkundlich nicht nachgewiesen ist, verordnete aber, statt des in erster Instanz eingeleiteten schriftlichen Proceßes, die Einleitung des Executivproceßes nach §. 298 a. G. O. und Hofdcr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358. Dagegen ergriffen nun die Beklagten den Recurs an den obersten Gerichtshof, indem sie die Zuläßigkeit des Executivproceßes bestritten.

In Erwägung, daß die Forderung der A sich auf einen vollen Glauben verdienende Urkunde gründet und den Beklagten unbenommen

iſt, bei der anberaumten Tagfahrt die rechtzeitig geſchehene Zahlung der in Rede ſtehenden Leibrentenrate nachzuweiſen; daß ſomit die Einleitung des Executivproceſſes durch die citirten Vorſchriften gerechtfertigt iſt und nach §. 3 der kaiſerl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, dem Richter auch ohne ausdrückliches Verlangen der Klägerin zuſtand, — hat der oberſte Gerichtshof den Recurs verworfen.

Nr. 4711.

Nichteröffnung des Concurſes wegen Abgangs eines zur Deckung der Concurskoſten hinreichenden Vermögens.

Entſch. v. 19. Sept. 1872, Nr. 9667 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 5. Juli 1872, Nr. 33225 und des O. L. G. Wien vom 6. Auguſt 1872, Nr. 15352). Jur. Bl. 1873, Nr. 41.

Bei der Vornahme der dem A für eine Wechſelforderung von 172 fl. bewilligten Pfändung der Mobilien ſeines Schuldners B wurden wenige Gegenſtände gefunden, die zuſammen den Werth von 52 fl. 50 kr. hatten und bereits für Forderungen anderer Gläubiger im Betrage von 390 fl. gepfändet worden waren. Nun begehrte A die Eröffnung des Concurſes nach §. 63 C. O. gegen B, indem er anführte, daß der Letztere ſeine ſonſtigen Vermögensſtücke nicht offenbare. Die nach dem cit. Paragraphe angeordnete Tagfahrt wurde in Hinblick auf Vergleichsunterhandlungen erſtreckt; die zweite Tagfahrt ließ B unbeſucht, und A wiederholte nun bei derſelben die Bitte um Concurseröffnung. — Von dem Gerichte erſter Inſtanz wurde ſein Geſuch „gemäß §. 66 C. O.“ abgewieſen, „da mit Rückſicht auf die Forderung des A von 172 fl. und jene der anderen Gläubiger von 390 fl. die auf 52 fl. 50 kr. geſchätzten Effecten als ein zur Deckung der Koſten der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen nicht betrachtet werden können.“ — Dagegen ergriff A den Recurs, in welchem er geltend machte, daß ein Pfändungsprotokoll nur beweiſen könne, daß nichts anderes gefunden wurde, nicht aber, daß der Execut nichts Anderes beſitzt; daß man den Bezügen des B nicht beikommen könne, weil ihre Höhe nicht bekannt ſei, und gerade die Concurseröffnung die Handhabe biete, um ſolch' ein verborgenes Vermögen aufzudecken; daß der Werthbetrag der gepfändeten Mobilien übrigens mehr als genügend ſei, um die Koſten der Edictseinſchaltung, der Aufnahme des unbedeutenden Inventars, der Anlegung der Anmeldungstabelle und der Abhaltung einer Liquidirungstagfahrt zu decken, auf mehr aber, wenn B wirklich nur die erwähnten Mobilien beſitzt, es nicht ankommen könne. — Das O. L. G. beſtätigte die erſtgerichtliche Entſcheidung in Erwägung, daß nur ein Vermögen von 52 fl. 50 kr. bekannt iſt, der

Forderung des A aber Pfandforderungen von 390 fl. vorausgehen, mithin augenscheinlich ein zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen nicht vorhanden ist.

A ergriff nun den a. o. Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe aus den Gründen der zweiten Instanz und in der Erwägung, daß ein anderes Vermögen des B, als das im Pfändungsprotokolle angeführte, vorläufig auch dem Recurrenten nicht bekannt ist und demselben unbenommen bleibt, desfalls die weiteren Schritte nach §. 66 C. O. zu verfolgen, mit Bezugnahme auf das Hofdecret vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, verworfen wurde.

Nr. 4712.

Zulässigkeit des Mandatsprocesses a) trotz Mangels eines urkundlichen Nachweises über das Versäumniß eines Zahlungstermines; b) trotz Mangels eines urkundlichen Nachweises über die Rechtskraft und Unbestrittenheit der grundbücherlichen Eintragung.

Plenar-Entsch. v. 25. Sept. 1872, Nr. 9260 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 31. Mai 1872, Nr. 30767 und des O. L. G. Wien v. 9. Juli 1872, Nr. 13126). Judicatenbuch Nr. 76. G. Z. 1872, Nr. 87 und 88. Jur. Bl. 1872, Nr. 39. (Manz'sche Sammlung I, S. 67.)

Eingetragene Rechtssätze: a) Zur Erlassung des Zahlungsbefehles nach der Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, auf Grund einer nach dieser Verordnung qualificirten Urkunde über eine Schuldforderung mit der Clausel der Fälligkeit der ganzen Summe beim Eintritte eines Saumsales in der Berichtigung gewisser Zinsraten oder Capitalsraten — wenn wegen eines solchen Saumsales das Begehren auf Zahlung des Capitals oder Capitalsrestes sammt Zinsen gestellt wird — ist außer der Beibringung der Urschrift obiger Urkunde ein vom Kläger noch besonders zu liefernder qualificirter Urkundenbeweis darüber, daß die betreffende Zins- oder Capitalsrate nicht berichtigt worden sei, nicht erforderlich. b) Zur Erlassung des Zahlungsbefehles nach der Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, §. 1 lit. c auf Grund einer in einer Landtafel oder einem Stadt- oder Grundbuche einverleibten nicht legalisirten Privaturkunde ist außer der Urschrift dieser Urkunde ein vom Kläger in seiner Klage noch besonders zu liefernder qualificirter Urkundenbeweis darüber, daß gegen die gerichtliche Verordnung, in Folge deren die Einverleibung vor sich ging, weder ein Recurs anhängig, noch auch bücherlich angemerkt ist, daß die Post streitig sei, in der Regel (nämlich außer dem Vorkommnisse besonderer Umstände, welche einschlägige Bedenken oder Zweifel darüber rechtfertigen können) nicht erforderlich.

Sachverhalt:

A begehrte gegen B auf Grund einer grundbücherlich einverleibten (nicht legalisirten) Privat-Schuldurkunde, in welcher für den Fall der verzögerten Zinsenzahlung die Fälligkeit des Capitals stipulirt war, ohne urkundlichen Nachweis des Versäumnisses der Frist zur Zinsenzahlung und des Umstandes, daß die Bewilligung der grundbücherlichen Eintragung nicht angefochten ist, die Erlassung der Zahlungsauflage nach §. 1 lit. c der Just.-Minist.-Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen, und auf den Recurs des A beschloß der oberste Gerichtshof die Bestätigung der obergerichtlichen Entscheidung, weil nach der Vorschrift der Just.-Min.-Verordnung v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, bezüglich der grundbücherlich einverleibten Urkunden dargethan sein müsse, daß gegen die bücherliche Einverleibungsverordnung weder ein Recurs anhängig, noch die Streitigkeit der Post angemerkt ist, und weil dieser dem Kläger mögliche Nachweis fehle.

In Gemäßheit der a. h. Entschließung vom 3. October 1854 wurde dieser Beschluß, weil derselbe mit der oberstgerichtlichen Entscheidung vom 4. September 1862, Nr. 5845 (Glaser-Unger-Walther Bd. IV, Nr. 1556), welche einen urkundlichen Nachweis der Rechtskraft und Unbestrittenheit der Einverleibung nicht forderte, im Widerspruche stand, — suspendirt und der Fall der Berathung in einem verstärkten Senate unterzogen, welcher die erstgerichtliche Zahlungsauflage bestätigte und die voranstehenden zwei Rechtssätze behufs der Eintragung in das Judicatenbuch annahm. Und zwar ad a in der Erwägung, daß sich schon aus der beigebrachten Urkunde mit der Einklagbarkeit der Zinsen auch die Einklagbarkeit des Capitales ergibt; daß, nachdem zur Erwirkung des Zahlungsbefehles in Betreff der fällig gewesenen Zinsen ein besonderer urkundlicher Nachweis der nicht erfolgten Zahlung derselben nicht nothwendig gewesen wäre, ein solcher im vorliegenden Falle auch nicht für den Zahlungsbefehl in Betreff des Capitals nothwendig sein kann, weil eben die gesetzliche Begründung des Begehrens um Erlassung des Befehles zur Vorauszahlung der halbjährigen Zinsen — nach dem Wortlaute der Urkunde — auch das Begehren um Ertheilung des gerichtlichen Befehles der Zahlung des ganzen Restcapitales sammt laufenden Zinsen rechtfertigt; daß, wenn im §. 1 der Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, in Uebereinstimmung mit dem §. 1 der kais. Verordnung v. 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, vorgeschrieben ist, daß über alle Thatsachen, wodurch die Forderung des Klägers gegen den Geklagten in Haupt- und Nebensache rechtlich begründet ist, der Beweis durch in Urschrift von unbedenklicher äußerer Form und von der dort bezeichneten Gattung beigebrachte Urkunden hergestellt erscheinen soll,

dies vermöge der Natur der Sache und vermöge der allgemeinen Grundſätze der Beweisführung im Civilproceſſe nur von jenen Thatſachen und Umſtänden zu gelten hat, über welche dem Anführenden im Falle des einfachen Widerſpruches nach den geſetzlichen Regeln der Beweislaſt, welchen hier keineswegs derogirt wurde, überhaupt einen Beweis beizubringen obliegt, was aber in Betreff des angeführten Umſtandes, daß der Beklagte die bedungenen Zinſen nicht bezahlt habe, offenbar nicht der Fall iſt, indem im Gegentheile von ihm die geleiſtete Zahlung zu beweiſen wäre, und in dieſer Richtung dem Beklagten bevorſteht, ſich durch die im §. 5 der kaiſerl. Verordn. vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, und im §. 6 der Juſt.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, vorgeſehenen Rechtsmittel gegen den Zahlungsbefehl und deſſen Folgen zu ſchützen; daß überhaupt der angezogenen Min.-Verordn. vom Jahre 1859 die ausgeſprochene Abſicht zu Grunde liegt, eine Erleichterung und Beſchleunigung der Sicherſtellung und Einbringung von auf glaubwürdige Urkunden geſtützte Forderungen in noch ausgedehnterem Maße, als es bereits durch den 2. Abſ. des §. 298 der a. G. O., das Hofdcr. vom 7. Mai 1839, R. G. Bl. Nr. 358 und die kaiſerl. Verordn. vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, geſchehen war, herbeizuführen und daß demnach nicht eine Auslegung platzgreifen kann, bei welcher die Erreichung dieſer Abſicht anſtatt erleichtert zu werden, namhaft erſchwert und beziehungsweiſe vereitelt würde. — In Betreff des Punktes b), nämlich des vermeinten Erforderniſſes einer urkundlichen beſonderen Nachweiſung, daß gegen die grundbücherliche Einverleibungsverordnung kein Recurs anhängig ſei und daß bei der fraglichen Satzpoſt nicht eine Streitanmerkung hafte, können zur Umgehung eines ſolchen Erforderniſſes die vorhin angeführten Betrachtungen über die auch hier feſtzuhaltenden Grundſätze der Beweisführung und der Beweislaſt im Civilproceſſe und über die Auslegung der Juſt.-Min.-Verordnung v. 18. Juli 1859, nach ihrer klar ausgeſprochenen Abſicht dienen. Im Abſ. c des §. 1 dieſer Verordnung iſt nicht ausdrücklich beſtimmt, daß der Kläger auch einen beſonderen urkundlichen Beweis darüber beizubringen habe, daß gegen die Einverleibung ein Recurs nicht anhängig iſt, und daß eine Streitigkeitsanmerkung daſelbſt nicht haftet. Das Schweben eines ſolchen Recurſes und das Beſtehen einer ſolchen Anmerkung ſind poſitive Ereigniſſe, Aenderungen der urſprünglichen Sachlage, welche von dem, der ſie anführen will, bewieſen werden müſſen. In dem citirten Abſatze c des §. 1 iſt nur eine ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung ausgedrückt. Wenn die Mandatsklage beim Grundbuchsgerichte überreicht wurde, kann der Richter aus den eigenen Amtsacten allenfalls den bezüglichen Stand der Dinge wahrnehmen; außerdem muß es dem Gegner überlaſſen bleiben, ſein Intereſſe, im Falle derlei Anſtände obwalten, durch die in den §§. 3 und 6 der Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859 vor-

gesehenen Mittel zu wahren; allein die Belastung des Klägers mit der Pflicht, die Rechtskraft der Einverleibungsverordnung zu bescheinigen und durch einen Grundbuchsauszug nachzuweisen, daß keine Streitanmerkung haftet, müßte alle Wohlthaten dieser Verordnung zu nichte machen, wenn man die Zeit und Kosten, welche die Beischaffung dieser Beweismittel erfordert, und die Unmöglichkeit berücksichtigt, den letztgedachten, bis zum Zeitpunkte der Ueberreichung der Mandatsklage reichenden Ausweis beizubringen. Eine solche Nachweisung könnte höchstens angezeigt erscheinen, wenn die Einverleibung von so jungem Datum ist, daß sie allenfalls noch nicht rechtskräftig geworden sein konnte.

Nr. 4713.

Gesetzliches Pfandrecht des Bestandgebers: Sequestration der Pfandobjecte.

Plenar-Beschluß v. 25. Sept. 1872, Nr. 9473. Judicatenbuch Nr. 77. G. Z. 1872, Nr. 88. (Manz'sche Sammlung I, S. 70.)

Eingetragener Rechtssatz: Der Vermiether oder Verpächter, welcher zur Sicherung des eingeklagten Mieth- oder Pachtzinses die Sequestration der auf Grund des §. 1101 a. b. G. B. verpfändeten Fahrniß oder Früchte begehrt, ist zur Nachweisung der Erfordernisse des §. 293 a. G. O. nicht verpflichtet.

Sachverhalt:

Die Eheleute A begehrten gegen den Pächter B zur Sicherstellung des rückständigen Pachtzinses die pfandweise Beschreibung der auf der gepachteten Realität eingebrachten Fahrniß; zugleich die sicherstellungsweise Sequestration der auf den gepachteten Grundstücken befindlichen Feldfrüchte, ohne Nachweisung und Erfüllung der Erfordernisse des §. 293 a. G. O. (Gefahrnachweis und Cautionserlag). — Der oberste Gerichtshof beschloß die Bestätigung der die angesuchte Sequestration der Feldfrüchte bewilligenden erstrichterlichen Erledigung.

C, Eigenthümer einer Schiffswerfte, klagte gegen den Schiffsbauer D auf Zahlung des rückständigen, für die Benützung der Werfte vereinbarten Pachtschillinges und begehrte unter Einem die pfandweise Beschreibung der auf der Schiffswerfte befindlichen Schiffe und ihres Materiales. Nach Vollzug dieser pfandweisen Beschreibung bat C, „da ihn sein gesetzliches Pfandrecht von der Pflicht einer Cautionsleistung im Sinne des §. 293 a. G. O. (§. 388 westg. G. O.) enthebe", sofort um die gerichtliche Sequestration des schon vom Stapel gelassenen und eines noch im Bau begriffenen Schiffes des

D und um Bestellung eines Sequesters. — Der oberste Gerichtshof beschloß die Bestätigung der das Sequestrationsbegehren abweisenden Verordnung des O. L. G.

Beide Entscheidungen wurden, als einander widersprechend, in Gemäßheit der Allerhöchsten Entschließung vom 3. October 1854 von dem Präsidium suspendirt und die Berathung in einem verstärkten Senate angeordnet, welcher in beiden Fällen die Sequestration bewilligte und den vorstehenden Rechtssatz zur Eintragung in das Judicatenbuch annahm. Gründe: Das vom bürgerlichen Gesetzbuche im §. 1101 dem Vermiether und Verpächter eingeräumte gesetzliche Pfandrecht an den illatis und invectis wird dadurch geltend gemacht, daß nach eingereichter Zinsklage die pfandweise Beschreibung der Fahrniß angesucht wird (Hofder. v. 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621), wie dies bei Erwerbung des executiven Pfandrechtes im §. 342 a. G. O. vorgeschrieben ist. Zur Erwerbung des Pfandrechtes an Mobilien gehört die Uebergabe der gepfändeten Sachen in die Verwahrung des Gläubigers (§. 451 a. b. G. B.) und diese wird bei dem executiven Pfandrecht dadurch ersetzt, daß nach erfolgter Beschreibung und Aushändigung des Pfändungsbescheides der Pfandschuldner nunmehr Verwahrer der gepfändeten Beweglichkeiten wird, falls der Gläubiger nicht verlangt, daß die gepfändeten Güter einem Dritten durch den Gerichtsdiener in Verwahrung gegeben werden. (§. 343 a. G. O.) — Solange nun die gepfändeten Gegenstände in dem gemietheten oder verpachteten Raume sich befinden, ist eben die Uebergabe derselben an den Pfandgläubiger nicht nothwendig; es hat aber bisher die Praxis nie bezweifelt, daß der Vermiether zur Erhaltung seines Pfandrechtes berechtigt ist, die Verschleppung der Pfandstücke aus dem vermietheten Raum zu verhindern, und die politische Behörde hat dem Vermiether bisher immer die obrigkeitliche Assistenz in dieser Richtung verliehen, wenngleich auch dafür keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung existirt.

Bei Feldfrüchten, welche durch ihre Separation aufhören ein Zugehör des unbeweglichen Gutes zu sein, ist aber die Verhinderung der Separation und Entziehung durch Versperrung nicht möglich, sondern nur so durchführbar, daß ein Sequester aufgestellt und dem Pächter das einseitige Verfügungsrecht entzogen wird, und diese Sequestration ersetzt dann die nöthigenfalls durch Assistenz der politischen Obrigkeit erzwungene Verhinderung der Wegtragung der Einrichtungsstücke aus der Miethwohnung. Es verweist auch §. 450 a. b. G. B. bezüglich des gesetzlichen und richterlichen Pfandrechtes ausdrücklich auf die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches und der Gerichtsordnung und sowie nun das richterliche Pfandrecht auch nur zur Sicherstellung bewilligt werden kann und auch auf die Execution zur Sicherstellung die Vorschriften der §§. 341 und 343 a. G. O. volle Anwendung finden, müssen auch dem Vermiether die gleichen Rechte hin-

ſichtlich des ihm zuſtehenden geſetzlichen Pfandrechtes zuſtehen. Wollte man nun dem Vermiether oder Verpächter auflaſten, daß er die Erforderniſſe des §. 293 a. G. O. nachweiſe, um eine Sequeſtration zu erwirken, ſo würde man theilweiſe ſein aus dem §. 1101 a. b. G. B. fließendes Pfandrecht illuſoriſch machen; denn ſowie er als Pfandgläubiger das Recht hat, wenn auch nicht die Innehabung des Pfandſtückes für ſich zu beanſpruchen, welches Recht nur das vertragsmäßige Pfandrecht in ſich ſchließt, doch jedenfalls die Verſchleppung des Pfandſtückes und damit den Verluſt des Pfandrechtes hintanzuhalten; ſo kann ihm nicht zugemuthet werden, daß er auf gleiche Linie mit demjenigen geſetzt wird, deſſen Recht nach §. 292 und 293 a. G. O. ein ſtreitiges iſt; er muß daher jedenfalls von der Verpflichtung der Cautionsſtellung entbunden werden; es muß ihm geſtattet ſein, aller jener Vortheile ſich zu bedienen, welche bei dem gerichtlichen Pfandrechte dem Gläubiger eingeräumt werden. Die im §. 343 a. G. O. vorgeſehene Verwahrung des Pfandſtückes durch einen Dritten iſt aber eine weſentlich verſchiedene Art der Sequeſtration von jener der §§. 292 und 293 a. G. O. und iſt nur inſoferne mit dem gleichen Namen zu belegen, als jeder Verwahrer, welchem eine fremde Sache vom Gerichte in Verwahrung gegeben wird, Sequeſter genannt wird. (§. 968 a. b. G. B.)

Ein Mißbrauch des in der fixirten Rechtsmaxime ausgeſprochenen Grundſatzes iſt nicht zu befürchten, denn dem Sicherſtellungsexecutionsgeſuche muß ja die Zinsklage vorausgehen und wenngleich der Vermiether an allen illatis und invectis das gerichtliche Pfandrecht hat, ſo wird der Richter die Sequeſtration nach §. 343 a. G. O. nur ebenſoweit bewilligen, als dies bei einer executiven Pfändung geſtattet iſt, nämlich ſoweit als dadurch der angeblich rückſtändige Miethzins gedeckt wird.

Nr. 4714.

Beſitzſtörung durch Verhinderung des Miethers an Wegführung ſeiner Fahrniß aus der Wohnung?

Entſch. v. 26. Sept. 1872, Nr. 8781 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hietzing v. 15. Juni 1872, Nr. 6006 und des O. L. G. Wien vom 2. Juli 1872, Nr. 12737). G. H. 1872, S. 474.

A belangte den B in possessorio summariissimo, weil er von B, in deſſen Hauſe er wohnt, mit Gewalt an der Wegführung ſeiner Fahrniß aus der Wohnung verhindert und dadurch in dem ruhigen Beſitze der Fahrniß geſtört worden ſei. — Beide Untergerichte haben den Kläger abgewieſen, das O. L. G. aus den nachſtehenden, den Sachverhalt ergebenden Gründen: Nach §. 339 a. b. G. B. und §. 2

der kaiserl. Verordn. v. 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, kann die richterliche Hilfe in possessorio summariissimo nur gegen einen eigenmächtigen Eingriff in den Besitz gewährt werden. Nun liegt aber vor, daß B den A mit Klage vom 13. Mai auf Zahlung der Wohnungsmiethe in seinem Hause belangte und gleichzeitig die pfandweise Beschreibung der in der Wohnung befindlichen Fahrniß desselben begehrt hat, daß die pfandweise Beschreibung an dem nämlichen Tage bewilligt und am 15. Mai vollzogen worden ist. B hat somit alle gerichtlichen Schritte gethan, die nach dem Gesetze erforderlich waren, um sein gesetzliches Pfandrecht (§. 1101 a. b. G. B.) an der von A eingebrachten Fahrniß geltend zu machen (Hofdcr. v. 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621), und wenn er am 13. und 14. Mai — vor der Aufnahme der pfandweisen Beschreibung — sich der Wegführung der Fahrniß aus seinem Hause widersetzt hat, so ist dies unter den erwähnten Umständen als ein eigenmächtiger Eingriff in den Besitz des A, dessen Untersagung in possessorio summariissimo erfolgen könnte, nicht anzusehen, zumal die Entscheidung über die Frage, ob von A und B ein Miethvertrag geschlossen worden sei (was A bestreitet) und die von A angesprochene Miethzinsforderung bestehe, nicht in dem Besitzstörungsprocesse, sondern in Folge der Einwendungen des A gegen die Miethkündigung des B und gegen die Miethzinsklage des Letzteren gefällt werden kann (§. 5 der kaiserl. Verordn. v. 27. October 1849, Nr. 12).

Der a. o. Revisionsrecurs des Klägers wurde von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß in den angefochtenen Entscheidungen der Untergerichte und in der Begründung derselben eine Gesetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit im Sinne des Hofdcr. v. 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, nicht gefunden werden kann.

Nr. 4715.

Einfluß der Einsetzung des Reichsgerichtes auf Competenzstreitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden.

Entsch. v. 27. Sept. 1872, Nr. 9420. Spruchrepertorium Nr. 121. G. Z. 1872, Nr. 94. (Manz'sche Sammlung I, S. 97.)

In dem possessorium summariissimum des A gegen B wegen Besitzstörung durch Verhinderung einer Wasserleitung ergriff der Beklagte gegen die erstgerichtliche Entscheidung den Recurs an das O. L. G., welches erst das Gutachten der Statthalterei bezüglich der in dem Recurse behaupteten politischen Competenz einholte und sodann die Acten mit dem eigenen die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde anerkennenden Gutachten nach dem Hofdecrete vom 23. Juni

1820, J. G. S. Nr. 1669, dem oberſten Gerichtshof zur Entſcheidung der Competenzfrage vorlegte.

Nach eingeholter Meinung der Miniſterien des Innern und des Ackerbaues, trug der oberſte Gerichtshof dem O. L. G. auf, die Sache im eigenen Wirkungskreiſe zu entſcheiden, und zwar mit der in der nachſtehenden Rechtsmaxime, deren Eintragung in das Spruchrepertorium gleichzeitig beſchloſſen wurde, enthaltenen Begründung: Durch das über die Einrichtung und Organiſirung des Reichsgerichtes erlaſſene Geſetz vom 18. April 1869, R. G. Bl. Nr. 44, iſt das vom Hofdcr. v. 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, vorgeſehene Verfahren zur Löſung zweifelhafter oder ſtreitig gewordener Fragen der Competenz der richterlichen oder Adminiſtrativbehörden als aufgehoben zu betrachten. Die Gerichte haben ſelbſt im eigenen Wirkungskreiſe und im geſetzlichen Inſtanzenzuge die Grenzen der richterlichen Competenz gegenüber jener der Adminiſtrativbehörden wahrzunehmen und zu beurtheilen, wobei ihnen nur unbenommen bleibt, behufs allenfalls erforderlicher Aufklärungen mit der bezüglichen Adminiſtrativbehörde gleichen Ranges Rückſprache zu pflegen.

Nr. 4716.

Widerruf einer letztwilligen Anordnung durch Durchſtreichung derſelben?

Entſch. v. 27. Sept. 1872, Nr. 9794 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des L. G. Klagenfurt v. 20. Februar 1872, Nr. 134 und des O. L. G. Graz v. 10. Juli 1872, Nr. 6227). G. H. 1872, S. 501.

In dem von M geſchriebenen und unterſchriebenen Teſtamente iſt der 3. Abſatz, worin er der A, einer unehelichen Tochter ſeines zum Univerſalerben ernannten Sohnes B, ein Legat von 1000 fl. ausſetzte, mit drei Strichen durchzogen. Da B aus dieſem Grunde die Giltigkeit der Vermächtnißanordnung beſtritt, wurde er von der Vormundſchaft der A auf Anerkennung der Anordnung belangt. — Beide Untergerichte erkannten nach dem Klagebegehren, — das O. L. G. aus folgenden Gründen: Weder die klagende Vormundſchaft vermag zu behaupten, daß die Durchſtreichung der Vermächtnißanordnung durch einen Dritten oder zufällig geſchehen ſei, noch kann der Beklagte einen Beweis dafür erbringen, daß der Teſtator ſelbſt die Durchſtreichung vorgenommen oder veranlaßt habe, und jeder Streittheil hält den Gegner zur betreffenden Beweisführung für verpflichtet. Wenn aber erwogen wird, daß die Echtheit des Teſtamentes nicht beſtritten wurde, daß die geſetzliche Beſtimmung, in welcher die Unwirkſamkeit einer mit Beobachtung aller Erforderniſſe errichteten letztwilligen Verfügung normirt wird, ſtrenge auszulegen iſt und daß zwar

nach §. 721 a. b. G. B. das Durchſtreichen der Unterſchrift des Teſtators durch ihn ſelbſt als ein ſtillſchweigender Widerruf der letztwilligen Anordnung anzuſehen iſt, allein bezüglich des Inhaltes des Teſtamentes das Geſetz des beſonderen und wohl zu unterſcheidenden Ausdruckes „auslöſcht" für die Vertilgung ſich bedient und nach dem allgemeinen Sprachgebrauche die angefochtene Stelle in dem Teſtamente des M, deren vollſtändige Lesbarkeit durch die darüber gezogenen Striche nicht im geringſten beirrt iſt, als „ausgelöſcht" nicht betrachtet werden kann, ſo iſt kein Grund vorhanden, um anzunehmen, daß die letztwillige Anordnung des M in dem durchſtrichenen Theile ſtillſchweigend von ihm widerrufen worden ſei.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die a. o. Reviſionsbeſchwerde des B mit Bezugnahme auf die obergerichtliche Begründung.

Nr. 4717.

Haupteid über eine ſtrafbare Handlung des Delaten.

Entſch. v. 1. Oct. 1872, Nr. 4166 (theilweiſe Beſt. des Urth. des B. G. St. Leonhardt v. 14. April 1871, Nr. 1094, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 24. Nov. 1871, Nr. 13219). G. H. 1873, S. 387.

Nachdem B mit Urtheil des Strafrichters der im §. 411 Str. G. bezeichneten Uebertretung durch körperliche Verletzung des A für nicht ſchuldig erklärt worden war, belangte der in dem Erkenntniſſe mit ſeinem Entſchädigungsanſpruche auf den Civilweg verwieſene A den B auf Zahlung der Heilungskoſten und des Schmerzengeldes und auf Erſatz des entgangenen Verdienſtes, indem er den Beweis der von B ihm zugefügten Verletzungen durch Zeugen anbot und in subsidium demſelben darüber den Haupteid auftrug. Da B die Urheberſchaft bezüglich der Verletzungen leugnete, und der Zeugenbeweis dem A nicht gelang, handelte es ſich um die Frage, ob der Haupteid zugelaſſen werden könne. — Das O. L. G. verneinte dieſelbe und erkannte auf unbedingte Abweiſung des Klägers, weil die zu beweiſende Thatſache eine durch das Strafgeſetz verpönte Handlung des Beklagten iſt, welcher, wenn ihm der Haupteid darüber aufgetragen wird, mit Rückſicht auf die civil- und ſtrafrechtlichen Folgen (§. 213 a. G. O. und Hofdcr. v. 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743) in eine unzuläſſige Zwangslage gebracht würde.

Der oberſte Gerichtshof erkannte auf den dem Beklagten aufgetragenen Haupteid mit folgender Begründung: Der Haupteid kann in der Regel über jede im Civilproceſſe zu beweiſende Thatſache aufgetragen werden. Zu den Ausnahmefällen, in denen von dieſem Beweismittel kein Gebrauch gemacht werden kann, gehören aber nicht auch jene Fälle, in welchen zur Begründung des civilrechtlichen An-

ſpruches Thatſachen rechtlich feſtgeſtellt werden ſollen, die eine ſtrafbare Handlung bilden. Der hier in Frage kommende Eid iſt nicht ein nach §. 213 a. G. O. unzuläſſiger Ableinungs- oder Reinigungseid, welcher von dem Richter dem Gegner des Beweisführers A auferlegt werden ſoll, damit der von dieſem gelieferte unvollſtändige (Zeugen-) Beweis gänzlich vernichtet werde.

Nr. 4718.

Klage auf Anerkennung der Beſtelltheit gerichtlich deponirter Obligationen als Heiratscaution: Unzuläſſigkeit der Streitanmerkung im Depoſitenbuche.

Entſch. v. 1. Oct. 1872, Nr. 10072 (Beſt. des das Decr. des B. G. Kleinſeite in Prag v. 2. Juli 1872, Nr. 5757, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Auguſt 1872, Nr. 74204). Jur. Bl. 1873, Nr. 2.

Der k. k. Hauptmann A belangte die Erben ſeiner verſtorbenen Gattin M auf Anerkennung ſeines Rechtes zum Bezuge der Zinſen von der in Staatsſchuldverſchreibungen beſtellten Heiratscaution der M und bat um die Streitanmerkung in dem Depoſitenbuche der Militärbehörde, welche die Obligationen in Verwahrung hat, behufs Siſtirung der Devinculirung und Ausfolgung der Schuldverſchreibungen und der Coupons.

Sein in erſter Inſtanz bewilligtes Geſuch wurde vom oberſten Gerichtshofe in Uebereinſtimmung mit der zweiten Inſtanz abgewieſen, weil das Geſetz die Streitanmerkung bei Werthſchaften, die ſich in der Verwahrung eines Dritten oder einer öffentlichen Behörde befinden, nicht kennt, daher dieſelbe auch nicht zuläſſig iſt.

Nr. 4719.

Ort für die Affigirung der Wohnungsaufkündigung.

Entſch. v. 1. Oct. 1872, Nr. 10123 (Beſt. des das Urth. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 23. Auguſt 1872, Nr. 33199, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 9. Sept. 1872, Nr. 17887). G. H. 1873, S. 222.

Die Aufkündigung der von A im 3. und 4. Stocke des Hauſes Nr. 25 der Wipplingerſtraße in Wien gemietheten Wohnungen konnte weder ihm, der nicht anzutreffen war, noch einer von den im §. 8 der kaiſerl. Verordn. v. 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Verfahren in Beſtandſtreitigkeiten), bezeichneten Perſonen zugeſtellt, und mußte deshalb affigirt werden. A beſtritt nun die Wirkſamkeit

der Aufkündigung, weil dieſelbe nicht in der Wohnung, deren Miethe ihm gekündigt ward, ſondern in dem Hauſe Nr. 17 der Teinfaltſtraße affigirt wurde, wo er nicht wohne. — Das Gericht erſter Inſtanz hielt die Kündigung aufrecht aus folgenden Gründen: Die Beſtimmungen des §. 8 der citirten Verordnung bezwecken nur den Schutz des Aufkündenden, der durch die Abweſenheit desjenigen, dem er kündet, in der Verfolgung ſeiner Rechte nicht behindert werden ſoll. Dieſer Paragraph ſchreibt nicht vor, daß die Aufkündigung, um gegen den Miether rechtswirkſam zu ſein, in dem gemietheten Locale zugeſtellt oder affigirt werden müſſe. Es gelten daher für die Zuſtellung der Aufkündigungen an denjenigen, dem gekündigt wird, die allgemeinen Vorſchriften und es können ihm dieſelben ſowohl in ſeinem Wohnorte, als auch in ſeinem zeitweiligen Aufenthaltsorte zugeſtellt werden. Aus der Verhandlung und den Ausſagen der vernommenen Zeugen ergibt ſich, daß der Kläger zur Zeit der Kündigung zwei Wohnungen im Hauſe Nr. 25 der Wipplingerſtraße, eine Wohnung in ſeinem Hauſe in der Leopoldſtadt und für Frau und Kinder die Wohnung in Nr. 17 der Teinfaltſtraße hatte (wo die Kündigung angeſchlagen wurde), daß er ſich bald da, bald dort aufhielt, bald in der Wipplingerſtraße, bald in der Leopoldſtadt ſchlief, Beſuche empfing und Briefe erhielt. Er hatte ſomit nirgends einen feſten Wohnort; als ſolcher mußte zunächſt ſeine Wohnung in der Teinfaltſtraße angeſehen werden, weil dort ſeine von ihm nicht geſchiedene Frau und ſeine Kinder ſind, und daher mit Grund anzunehmen iſt, daß er als Haupt der Familie ebendort ſein Domicil habe, obgleich er in dieſer Wohnung nicht zu übernachten pflegt. Es iſt gleichgiltig, wo er, bei ſeiner wechſelvollen Lebensweiſe, am Tage der Affigirung und überhaupt um jene Zeit die Nächte zubrachte. Thatſächlich hatte er in dem Hauſe der Teinfaltſtraße ebenſo ſeinen Aufenthaltsort wie in jenem der Wipplingerſtraße; es konnte daher die Aufkündigung auch in dem erſteren Hauſe mit Rechtswirkung ihm zugeſtellt und, wenn er dort ſich nicht treffen ließ, angeſchlagen werden.

Der oberſte Gerichtshof entſchied im Einklange mit dem O. L. G. für die Unwirkſamkeit der Aufkündigung. Gründe: Da der Miether A leugnete, in dem Hauſe Nr. 17 der Teinfaltſtraße ſeinen ordentlichen Wohnort zu haben und dieſer Umſtand durch die Ausſagen der Zeugen nicht als bewieſen anzuſehen iſt, ſo kann die Affigirung der Aufkündigung in jenem Hauſe nicht als eine Amtshandlung betrachtet werden, die im Sinne des §. 8 der citirten kaiſerl. Verordnung den Act der Zuſtellung an A zu erſetzen vermag. Man kann ſich dafür auch nicht (wie in den Motiven der erſten Inſtanz) auf die Vorſchrift der Gerichtsordnung berufen, weil durch den §. 387 a. G. O., der in dem Falle, daß die Wohnung desjenigen, dem zugeſtellt werden ſoll, unbekannt iſt, die Affigirung bei dem Gerichtsorte vorſchreibt, die hier in Frage ſtehende Anſchlagung eben auch nicht gerechtfertigt iſt.

Nr. 4720.

Streit über die pfandrechtliche Sicherstellung von Miterben gegenüber den auf Grund des §. 822 a. b. G. B. pränotirten Gläubigern eines Miterben: officiöses oder contentiöses Verfahren?

Entsch. v. 1. Oct. 1872, Nr. 10182 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 28. Juni 1872, Nr. 38053 und des O. L. G. Wien vom 20. August 1872, Nr. 15955). G. Z. 1873, Nr. 61.

Nach der gerichtlich genehmigten Theilung der noch nicht eingeantworteten Verlassenschaft des M standen einzelnen Miterben gegen andere Miterben aus dem Titel der den letzteren zugekommenen Vorempfängen Ansprüche zu. Die betreffenden Forderungsberechtigten hatten sich bereits mit der Mehrzahl ihrer diesfälligen Schuldner verrechnet; nur bei einem derselben, B, waren sie durch Abgang von Zahlungsmitteln und dadurch gefährdet, daß zahlreiche Gläubiger den dem B angefallenen Antheil des zur Verlassenschaft gehörenden Hauses nach §. 822 a. b. G. B. mit Pfändung belegt hatten. Um nun zur Sicherstellung ihrer Forderungen zu gelangen, verlangten jene Miterben von dem Abhandlungsgerichte die Legitimation, in Folge der gerichtlichen Genehmigung der Erbtheilung auf dem dem B erblich angefallenen Antheile des Hauses zur Sicherstellung ihrer Ansprüche das Pfandrecht mit dem Vorzuge vor den auf diesem Hausantheile für Gläubiger des B nach §. 822 a. b. G. B. pränotirten Pfandrechten sich intabuliren zu lassen. Sie begründeten ihr Begehren damit, daß durch die gerichtlich genehmigte Erbtheilungsurkunde ihr Anspruch gegen B als ein solcher bereits constatirt sei, der bei der Abhandlung nach M vorkam (§. 822 a. b. G. B.), einem solchen Anspruche aber das von dem Gläubiger des Erben auf das dem letzteren angefallene Erbgut erwirkte Pfandrecht nach der ausdrücklichen Anordnung des §. 822 a. b. G. B. nicht nachtheilig sein soll, also weichen muß; daß es Sache der Abhandlungsbehörde sei, die aus dem Erbrechte entspringenden Ansprüche zu prüfen und festzustellen, und wenn dies — durch Genehmigung der Erbtheilung — geschah, diesen Ansprüchen auch jenes Vorrecht zuzuerkennen und einzuräumen, das ihnen nach §. 822 a. b. G. B. vor den Gläubigern der Erben gebührt. — Das Gericht erster Instanz wies das Gesuch zurück in Erwägung, daß, wenn auch die Ansprüche des Miterben solche sind, welchen die von Gläubigern des Erben B erwirkten Pfandrechte nach §. 822 a. b. G. B. nicht nachtheilig sein sollen, ein Vorrang vor den für diese Gläubiger pränotirten Posten ohne Zustimmung der Letzteren, denen doch das Recht gewahrt werden muß, ihre etwaigen Einwendungen gegen die von den Erben für ihre Forderungen in Anspruch genommene Rangordnung geltend zu machen, im officiösen Wege nicht ein-

geräumt werden kann. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil die Gesuchsteller, insoweit sie die Erwerbung eines Pfandrechtes gegen ihren Schuldner beabsichtigten, die erforderlichen Behelfe sich selbst zu verschaffen haben und der Abhandlungsbehörde nicht zusteht, ihnen diese Behelfe unter dem Titel einer Legitimation zu liefern; und, insoweit sie aber ein pfandrechtliches Vorrecht vor den nach §. 822 a. b. G. B. versicherten Gläubigern in Anspruch nehmen, es ihre Sache ist, diesen Anspruch gegen die betreffenden Gläubiger in Ermanglung eines freiwilligen Zugeständnisses im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs, weil darin, daß beide Instanzen es unzulässig fanden, im officiösen Wege der Verlassenschaftsabhandlung den daraus sich ergebenden Ansprüchen gegen den Erben B ein Recht auf grundbücherliche Sicherstellung, und zwar in der Rangordnung vor dem von anderen Gläubigern wider den letzteren erlangten Pfandrechte zuzuerkennen, eine zur Abänderung gleichförmiger Entscheidungen berechtigende Gesetzwidrigkeit oder Ungerechtigkeit nicht gefunden werden kann, zumal durch die begehrte Anerkennung erst eine Urkunde, auf Grund welcher nach §. 33 lit. a des Grundbuchsgesetzes die grundbücherliche Einverleibung bewirkt werden könnte, geschaffen werden soll und der 1. Abs. des §. 2 des Gesetzes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, mit Rücksicht auf Nr. 7 desselben Paragraphen sich nicht wohl dahin verstehen läßt, daß der Abhandlungsrichter im officiösen Wege die vom Schuldner verweigerte Einverleibungsbewilligung zu ertheilen und über die Priorität von Pfandrechten abzusprechen habe.

Nr. 4721.

Unzulässigkeit der Besitzstörungsklage gegen den Bauführer nach unwidersprochen gebliebener Ertheilung der Baubewilligung.

Entsch. v. 2. Oct. 1872, Nr. 10098 (Best. des das Decr. des B. G. Leipnik v. 15. Juni 1872, Nr. 2611, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 23. August 1872, Nr. 3730). G. H. 1873, S. 3.

Auf das Gesuch des B um Bewilligung einer Bauführung auf dem Grundstücke, welches ihm von einer Hutweide der Gemeinde verkauft worden war, hatte die Gemeindebehörde die Vornahme der vorgeschriebenen Erhebungen angeordnet, hiezu alle Anrainer, darunter den A, vorgeladen und nach den gepflogenen Erhebungen die Baubewilligung ertheilt, worauf B den Bau zu führen begann, allein alsbald von A in possessorio summariissimo wegen Besitzstörung belangt wurde, da sich zeigte, daß der unternommene Bau die von A seit Jahren besessene Ausfahrt aus seinem angrenzenden Grundstücke

verſperrte. — Das Gericht erſter Inſtanz entſchied nach dem Klagebegehren. — Das O. L. G. wies den Kläger ab, weil die Gemeindehutweide ein öffentliches Gut ſei, deren Benutzung jedem Gemeindegliede zuſtehe, an welchem daher von keinem Inſaſſen, alſo auch nicht von dem Kläger, beſondere Privatrechte, wozu das von Letzterem geltend gemachte Recht des Fahrweges gehört, erworben werden können.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Entſcheidung der zweiten Inſtanz, allein aus folgenden Gründen: Nach §. 340 a. b. G. B. hat derjenige, der ſich durch eine Baufführung in ſeinen Rechten beſchwert erachtet, nur dann ein Recht zur Beſchwerdeführung und zur Forderung des Bauverbotes, wenn der Baufführer ſich gegen ihn nicht nach den Vorſchriften der a. G. O. geſchützt hat. Hier hat ſich aber B gegen den A in Gemäßheit der a. G. O. dadurch geſchützt, daß er um die Baubewilligung bei dem Gemeindevorſtande einſchritt, und nachdem ihm dieſe Bewilligung ertheilt worden iſt und A, davon verſtändigt, unterlaſſen hat, rechtzeitig dagegen Beſchwerde zu erheben, ſo kann ſeinem Klagebegehren weder in possessorio ordinario, noch in summariissimo ſtattgegeben werden, und es iſt gar nicht zu unterſuchen, ob er das Recht des Fahrweges beſitze.

Nr. 4722.

Verſäumung einer Beweisantretungsfriſt.

Entſch. v. 2. Oct. 1872, Nr. 10214 (Beſt. des Decr. des B. G. Bohorodczany v. 25. Oct. 1871, Nr. 3800, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 19. März 1872, Nr. 4494). G. H. 1872, S. 451.

Die Antretung des der B durch das Urtheil vorbehaltenen Erfüllungseides wurde von ihr erſt nach Verſtreichung der zum Antritt des Eides von dem Richter feſtgeſetzten Friſt überreicht, in erſter Inſtanz aufrecht verbeſchieden und auf den Recurs des Klägers A von dem O. L. G. mit der Begründung abgewieſen, daß gemäß Hofdcr. v. 22. Mai 1847, J. G. S. Nr. 1065, nach Ablauf des peremptoriſchen Termins für den Antritt eines Beweiſes, der Beweis nicht mehr zugelaſſen werden kann, wenn der Gegner ſich widerſetzt, welcher Fall hier eintrat, da der Kläger A gegen die erſtgerichtliche aufrechte Verbeſcheidung der Beweisantretung der B wegen deren Verſpätung den Recurs ergriffen hat.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte den erſtgerichtlichen Beſcheid, weil zur Zeit der überreichten Beweisantretung von dem A weder die Verſpätung derſelben gerügt noch ein Executionsgeſuch angebracht worden war, mithin nach dem citirten Hofdecrete in Verbindung mit dem §. 528 weſtgal. G. O. die Eidesantretung von amtswegen nicht zurückgewieſen werden durfte, ſondern die Tagfahrt zur Abnahme des Eides anzuordnen war.

Nr. 4723.

Voraussetzungen der Execution zur Sicherstellung pendente appellatione.

Entsch. v. 8. Oct. 1872, Nr. 10256 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 17. Juni 1872, Nr. 74248 und des O. L. G. Wien v. 9. Juli 1872, Nr. 13110). G. H. 1872, S. 483.

Gegen das Urtheil, womit B der Firma A in Berlin für gelieferte Waaren zur Zahlung von 375 Thaler condemnirt worden war, ergriff B die Appellation. Nun begehrte die klagende Firma auf Grund des §. 259 a. G. O. und des §. 12 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, gegen B die Mobilienexecution zur Sicherstellung, weil daraus, daß B der in seinen (den Proceßacten beigelegten) Briefen binnen 40 Tagen versprochenen Zahlung der Waarenschuld durch die Proceßführung sich entzogen hat, sich ergebe, daß er mit seinen Zahlungsmitteln in Schwierigkeiten sei, daher für die Klägerin eine Gefahr obwalte, für welche übrigens behufs der Sicherstellung pendente appellatione ein besonderer Nachweis nicht erforderlich sei.

Das in erster und zweiter Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung abgewiesen, daß der §. 12 der citirten Min.-Verordn., welcher nur bestimmt, daß die in den §§. 4—8 und §. 11 ibid. bezüglich der Execution zur Sicherstellung gegebenen Vorschriften in allen Fällen Anwendung finden, in welchen nach der Gerichtsordnung während der Dauer eines anhängigen Processes die Execution zur Sicherstellung als provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zulässig ist, an der Norm des §. 259 a. G. O. über die Zulässigkeit einer richterlichen Verfügung zur Sicherstellung während des Appellationszuges nichts geändert hat, nach dem §. 259 a. G. O. aber das Recht auf Sicherstellung während des Appellationszuges nicht unbedingt, sondern nur unter der dort bezeichneten Voraussetzung des in der Beschaffenheit der Streitsache begründeten Bedürfnisses eingeräumt und das Dasein dieser Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht erkennbar gemacht worden ist.

Nr. 4724.

Collision des Gesuches des Clienten um gerichtliche Bestimmung der Advocatengebühren mit der auf Zahlung gerichteten Klage des Advocaten.

Entsch. v. 8. Oct. 1872, Nr. 10284 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Klobouk v. 7. Juli 1872, Nr. 2836 und des O. L. G. Brünn v. 7. August 1872, Nr. 8896). G. H. 1872, S. 494.

In der von dem Advocaten A gegen seinen Clienten angestellten Klage pto. Zahlung der Vertretungsgebühren hatte der Kläger mit

der Anführung, daß sein Deservit von B im Betrage von 121 fl. außergerichtlich anerkannt und von demselben die Berichtigung in drei Raten versprochen worden sei, den B auf Zahlung der ersten verfallenen Rate belangt. Während des Processes überreichte B bei Gericht das Gesuch um Liquidirung der Gebühren des A nach §. 425 a. G. O. und Hofdcr. vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, unter Beilegung der obigen Klage. — Nach Anhörung des A, der mit Berufung auf den schwebenden Gebührenproceß gegen das Gesuch des B protestirte, wurde dasselbe in erster und zweiter Instanz abgewiesen. Gründe der zweiten Instanz: Es ist allerdings richtig, daß der Richter nach §. 425 a. G. O. die Gebühren, welche die Partei ihren Advocaten zu entrichten hat, mäßigen soll, wenn die Partei deren Mäßigung verlangt, und daß in diesem Falle das Hofdecret vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, zur Anwendung kommt. Da jedoch B laut der von ihm selbst allegirten Klage des A respective nach den darin enthaltenen Anführungen, zu deren Beweis der Kläger sich erbot, die Gebühren im Betrag von 121 fl. bereits agnoscirt, die Zahlung in Raten versprochen hat und wegen Zahlung der ersten Rate schon belangt worden ist, so tritt die Voraussetzung, unter welcher nach den citirten Gesetzen die Vertretungsgebühren auf Verlangen der richterlichen Mäßigung unterzogen werden können, nicht mehr ein. Es mußte daher, nachdem diese Gebührenangelegenheit bereits im Proceß verfangen ist, die erstgerichtliche abweisende Entscheidung bestätigt werden.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde mit Abänderung der untergerichtlichen Verordnungen dem Gerichte erster Instanz die Vornahme der Liquidirung der Gebühren nach Maßgabe des Hofdcr. v. 4. October 1833, Nr. 2633, aus folgenden Gründen aufgetragen: Nach diesem Hofdcr. und nach §. 425 a. G. O. muß der Richter auf das Begehren des Advocaten oder des Clienten auf dem Wege des Verfahrens außer Streitsachen die Kosten des Erstern liquidiren und der Proceßweg ist erst dann zu betreten, wenn die Partei die gerichtlich liquidirten oder von ihr anerkannten Gebühren nicht zahlt. Das Gericht darf daher auf die Behauptung des Advocaten, daß die Partei seine Gebühren außergerichtlich agnoscirt habe (für welche Behauptung in dem gegenwärtigen Falle weder dem Gerichte erster Instanz noch dem Obergerichte irgend ein Beweis vorlag) die von der Partei begehrte Liquidirung im außerstreitigen Wege nicht verweigern, umsoweniger als die Frage der Zahlungspflicht der Partei von der gerichtlichen Liquidirung ganz unabhängig ist.

Nr. 4725.

Sequeſtration einer ſtreitigen Sache: Gefahr.

Entſch. v. 8. Oct. 1872, Nr. 10337 (Beſt. des Decr. des B. G. Stratonic v. 5. Juni 1872, Nr. 3277, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 12. Auguſt 1872, Nr. 25442). G. H. 1873, S. 39.

Die Gemeinde A hatte den B, Beſitzer einiger Grundſtücke der Gemeinde, wegen Erlöſchung ſeines Rechtes zur Benutzung derſelben belangt und begehrte im Laufe des Proceſſes die Sequeſtration dieſer Liegenſchaften, welche in erſter Inſtanz bewilligt, von dem O. L. G. hingegen verſagt wurde, weil nach §. 293 a. G. O. nur eine der Subſtanz der Sache drohende Gefahr, die aber in dem vorliegenden Falle nicht einmal wahrſcheinlich gemacht worden iſt, die Sequeſtration derſelben zu rechtfertigen vermag.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Entſcheidung. Gründe: Da die Klagebitte dahin lautet, „daß der Beklagte ſich der Benutzung der Grundſtücke ... der Gemeinde zu enthalten habe", ſo ſind dieſe Benutzung und die dabei gewonnenen Früchte der Gegenſtand des Proceſſes. Da es nun in der Natur der Sache liegt, daß die bezogenen Früchte nicht aufbewahrt, ſondern verzehrt werden, iſt auch ſchon die Beſorgniß der Klägerin, daß ſie durch den fortdauernden Bezug der Früchte von Seite des Beklagten Schaden leiden werde, und hiemit ihr Sequeſtrationsgeſuch gerechtfertigt (§. 293 a. G. O.).

Nr. 4726.

Mobilienpfändung zur Sicherſtellung einer Geldforderung pendente appellatione.

Entſch. v. 8. Oct. 1872, Nr. 10412 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 30. Juli 1872, Nr. 44701 und des O. L. G. Wien v. 27. Auguſt 1872, Nr. 16925). G. H. 1873, S. 3.

Im Zuge der von dem Beklagten B ergriffenen Appellation gegen das erſtgerichtliche Erkenntniß, womit er verurtheilt ward, dem Kläger A gegen Aushändigung von 25 Stück Actien der .... Actiengeſellſchaft 3128 fl. zu zahlen, wurde dem Letztern nach §. 259 a. G. O. zur Sicherſtellung der urtheilsmäßigen Summe von beiden Untergerichten die Mobilienpfändung bei B bewilligt, welcher dagegen den a. o. Reviſionsrecurs einlegte und anführte, daß, wenn nach §. 259 a. G. O. Sicherſtellung, Bedeckung oder andere Vorkehrungen dem Obſieger nur in dem Falle zu gewähren ſind, wo er nach der Beſchaffenheit der Streitſache ſolcher bedarf, dieſe Vorausſetzung gerade nicht bei erſiegten Bargeldforderungen (wie das O. L. G. meinte) eintrete, die

aus jedem Gegenſtande des Vermögens des Schuldners durch Execution hereingebracht werden können, wogegen bei anderen Streitobjecten dem Obſieger eben daran gelegen ſein könne, die individuelle von ihm erſtegte Sache zum Beſitze und Genuſſe zu erhalten, der Gegenpartei die Möglichkeit, die Befriedigung dieſes Intereſſe durch Veräußerung, Vernichtung oder Beſchädigung zu vereiteln, faſt immer gegeben ſei, und die Geldentſchädigung für ſolchen Entgang oft nur einen ſchlechten und ungenügenden Erſatz biete; daß ferner die Pfändung als proviſoriſche Sicherſtellung von der a. G. O. und von dem Hofdcr. vom 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, geradezu ausgeſchloſſen, mithin dieſelbe hier auch nicht auf Grund des (in den untergerichtlichen Decreten angerufenen) §. 12 der Juſt.-Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, zuläſſig ſei („in allen Fällen, in welchen durch die Gerichtsordnung die Execution zur Sicherſtellung als proviſoriſche Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entſcheidung der Hauptſache für zuläſſig erklärt iſt").

Der oberſte Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs, weil weder in der Anſicht der Untergerichte, daß nach der Beſchaffenheit der vorliegenden Streitſache der Kläger einer Sicherſtellung der ihm ohne weitere Beweisführung zugeſprochenen und inſofern allerdings als unbedingt ihm zuerkannt zu betrachtenden Forderung bedürfe, noch darin, daß die Untergerichte mit Rückſicht auf den §. 12 der Juſt.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, Nr. 130, im Falle des §. 259 a. G. O. eine ſicherſtellungsweiſe Pfändung, die von der durch §. 259 a. G. O. und Hofdcr. vom 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, ausgeſchloſſene Execution auf Zahlung doch verſchieden iſt, zuläſſig fanden, eine zur Abänderung gleichförmiger Entſcheidungen berechtigende Geſetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit erblickt werden kann.

Nr. 4727.

Unſtatthaftigkeit der Behandlung von Gebühren, welche aus der Zeit vor der Concurseröffnung datiren, als Maſſeſchulden.

Entſch. v. 9. Oct. 1872, Nr. 9330 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 17. Juni 1872, Nr. 74225 und des O. L. G. Wien vom 16. Juli 1872, Nr. 18708). Spruchrepertorium Nr. 22. G. Z. 1872, Nr. 94. Jur. Bl. 1872, Nr. 44. (Manz'ſche Sammlung I, S. 98.)

Für handelsgerichtliche Wechſel-Zahlungsauflagen, welche gegen den Schuldner B vor Eröffnung des Concurſes über ſein Vermögen erlaſſen und rechtskräftig geworden waren, wurde erſt nach der Concurseröffnung der Auftrag zur Zahlung der Gebühr vom Taxamte ausgefertigt und darin die Zahlung derſelben als Maſſeſchuld im Sinne des §. 29, 1 lit. c der Concursordnung vom 25. December 1868

dem Concursmasseverwalter auferlegt, welcher die Zahlung verweigerte und dadurch das beim Concursgerichte angebrachte Gesuch der Finanzprocuratur um Ertheilung des Auftrages an ihn zur Berichtigung der Gebühr nebst Morazinsen als Massesschuld hervorrief. — Beide Untergerichte haben das Gesuch abgewiesen, weil diese Gebührenforderung nach §. 29 der citirten C. O. keine Massesschuld sei, welche Ansicht von dem O. L. G. damit motivirt wurde, daß nach dem angeführten Abs. 1 lit. c nur die die Masse treffenden Steuern und öffentlichen Abgaben, welche während des Concurses fällig werden, zu den Massekosten gehören, die hier in Frage stehende Gebühr aber nicht die Masse trifft, da dieselbe vor Eröffnung des Concurses in Folge von gegen den dermaligen Cridar erlassenen Zahlungsauflagen erwachsen ist und daher nicht zu den Massekosten gehört. — Dagegen ergriff die Finanzprocuratur den a. o. Revisionsrecurs, worin sie unter andern gegen die obergerichtliche Begründung hervorhob, daß die Entstehung der Gebührenforderung, die in dem Zeitpunkt der Vornahme des der Gebühr unterliegenden Rechtsgeschäftes fällt, und die Fälligkeit der Gebührenforderung, die in dem Zeitpunkte eintritt, in welchem einer bestimmten Person die Verständigung zur Zahlung der bemessenen Gebühr zukommt, theoretisch wohl auseinander zu halten seien; daß, wenn auch im praktischen Leben häufig das Entstehen der Gebühr mit der Fälligkeit confundirt werde, noch niemals Jemanden, der mit den Grundsätzen des Gebührengesetzes vertraut ist, beigekommen sei, die Fälligkeit der Gebühr auf den Zeitpunkt der Vollendung des gebührenpflichtigen Rechtsactes zurückzuziehen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in Erwägung, daß es sich nicht um eine Steuer oder öffentliche Abgabe handelt, welche die Masse trifft, indem der Rechtsgrund der Gebühr darauf beruht, daß in den zwei Wechselsachen Erkenntnisse *vor* der Concurseröffnung gegen den nunmehrigen Gemeinschuldner erlassen worden sind, die Schuldigkeit daher *ihn* trifft, wenn auch die Bemessung und Einforderung der Gebühr erst nach der Concurseröffnung erfolgte und die Zustellung des Zahlungsauftrages zu Händen des Massenverwalters geschehen mußte; daß sonach eine Massesschuld im Sinne des §. 29, 1 lit. c der C. O. nicht vorliegt. Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Die Gebühr, welche aus Anlaß eines wider den Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung erflossenen gerichtlichen Urtheiles oder Erkenntnisses nach Tarifpost 103 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, erwächst, bildet, wenn auch der Auftrag zur Zahlung der Gebühr nach §. 60 des Gebührengesetzes von dem hiezu bestimmten Amt erst nach der Concurseröffnung ausgefertigt und dem Masseverwalter zugestellt worden ist, keine Massesschuld im Sinne des Absatzes 1 lit. c des §. 29 der Concursordnung vom 25. December 1868.

Nr. 4728.

Unzuläſſigkeit der grundbücherlichen Anmerkung einer auf Geltendmachung des Wiederkaufrechtes gerichteten Klage.

Entſch. v. 9. Oct. 1872, Nr. 9464 (Beſt. des das Decr. des H. G. Wien v. 6. Juni 1872, Nr. 69680, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 16 Juli 1872, Nr. 13716). G. H. 1873, S. 39.

Die A hatte die Concursmaſſe des B wegen Rückſtellung der landtäflichen Güter X und Y auf Grund und in Ausübung ihres vertragsmäßigen Wiederverkaufsrechtes und auf Ausſtellung der diesfalls erforderlichen, mit der clausula intabulandi verſehenen Urkunde belangt, und begehrte die grundbücherliche Anmerkung ihrer Klage bei obigen Gütern. — Dieſes in erſter Inſtanz bewilligte Geſuch wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen abgewieſen: Der §. 20 und die §§. 52—73 des Grundbuchsgeſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, beſtimmen genau die Fälle der Zuläſſigkeit einer grundbücherlichen Anmerkung. Nach §. 20 hat eine ſolche Anmerkung 1. auf die Erſichtlichmachung perſönlicher Verhältniſſe (lit. a), 2. auf den Zweck der Begründung beſtimmter, nach der a. G. O. oder nach dem Grundbuchsgeſetze mit der Anmerkung verbundener Rechtswirkungen (lit b) ſich zu beſchränken. Der 2. Kategorie iſt die begehrte Anmerkung offenbar nicht zu unterſtellen. Sie kann aber auch nicht in der 1. Kategorie eingereiht werden, da in dieſelbe keineswegs Rechte als ſolche gehören, die vielmehr nur Gegenſtand der grundbücherlichen Einverleibung oder Vormerkung (§. 8 lit. a und b ibid.) ſein können, und die Möglichkeit des Entſtehens beſonderer Rechte aus den im §. 20 des Grundbuchsgeſetzes erwähnten Verhältniſſen dieſer Anſicht keineswegs entgegen tritt, weil nach dem Geſetze die Anmerkung eben nur ſolche Verhältniſſe, nicht Rechte in dem öffentlichen Buche evident halten ſoll. — Das Einſchreiten der Klägerin iſt auch nicht als ein Anſuchen um Streitanmerkung zuläſſig, weil dieſe nach den §§. 61—71 des Grundbuchsgeſetzes nur bei jenen Klagen ſtattfindet, mit denen eine Einverleibung als ungiltig angefochten, oder deren Löſchung wegen Verjährung oder die Zuerkennung eines dinglichen Rechtes aus dem Grunde der Erſitzung begehrt wird. — Dagegen ergriff die A den Reviſionsrecurs, in welchem ſie anführte, daß, nachdem die Intabulation ihres Wiederkaufsrechtes, welches nur im Falle der Einverleibung gegen Dritte ausgeübt werden kann (§. 1070 a. b. G. B.), nicht ſtattgefunden hat, ihr daran gelegen ſei, daß der Anſpruch, den ſie aus dieſem Rechte erhebt, auch dritten Perſonen erſichtlich werde, damit derſelbe, wenn von ihr erſiegt, auch dieſen gegenüber Geltung habe; daß eine ſolche Erſichtlichmachung mit der bezüglichen Rechtswirkung eben durch die Anmerkung der Klage erreicht werden ſoll, deren Zuläſſigkeit aus lit. b) des §. 20 des Grundbuchsgeſetzes ſich deduciren laſſe, indem der §. 73 ibid. andeute, daß grundbücherliche Anmer-

kungen überhaupt, alſo auch Streitanmerkungen ſelbſt außer den Fällen der §§. 61—71 ſtatthaft ſeien; daß endlich für die Anmerkung ihrer Klage die klare Analogie des §. 70 ibid. ſpreche, da ſie mit derſelben die Zuerkennung eines dinglichen Rechtes und noch dazu auf Grund eines Vertrages gefordert habe.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den Recurs mit Verweiſung auf die Motive der obergerichtlichen Entſcheidung.

Nr. 4729.

Zeitliche Colliſion der Geſetze: Beurtheilung der Zuläſſigkeit von Rechtsmitteln in Grundbuchsſachen.

Entſch. v. 9. Oct. 1872, Nr. 9950 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Böhmiſch-Brod v. 8. März 1872, Nr. 764 und des O. L. G. Prag v. 18. Juni 1872, Nr. 18478). G. H. 1872, S. 502.

Gegen die gleichförmigen Verordnungen der Untergerichte, mit welchen die noch vor dem Beginn der Wirkſamkeit des allgemeinen Grundb.-G. vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, von A gegen B begehrte Pfandrechtspränotation bewilligt wurde, ergriff B nach dem Eintritte der Wirkſamkeit desſelben den a. o. Reviſionsrecurs.

Der oberſte Gerichtshof ging darauf ein, indem er aus meritoriſchen Gründen dem Recurſe ſtattgab und das Pränotationsgeſuch des A abwies.

Nr. 4730.

Beſtandſtreitigkeiten: Unſtatthaftigkeit der exceptio litis pendentis.

Entſch. v. 10. Oct. 1872, Nr. 10406 (Beſt. des das Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 16. Auguſt 1872, Nr. 15490, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 11. Sept. 1872, Nr. 17407). G. H. 1872, S. 493.

Der Vermiether A kündigte dem Miether B auf drei Monate die Hausmiethe. B beſtritt die Kündigung, indem er 1. die Anhängigkeit eines zwiſchen ihm und A bei einem anderen Gerichte ſchwebenden Proceſſes über das Miethverhältniß, und 2. unter Anbietung des Haupteides ein von ihm mit dem A ſpäter getroffenes Uebereinkommen einwendete, nach welchem ihm das Haus auf die Zeit ſeines Lebens unkündbar zur Miethe überlaſſen worden wäre. — Das Gericht erſter Inſtanz hielt die Einrede der Streithängigkeit für zuläſſig und erkannte, daß die Entſcheidung des Kündigungsproceſſes einſtweilen auf ſich zu beruhen habe. — Das O. L. G. verwarf die erwähnte Einrede und entſchied ſofort meritoriſch den Kündigungsproceß, indem es unter der Bedingung des von B ad 2 erbrachten Beweiſes durch den Haupteid die Kündigung des A für unwirkſam erklärte.

In Erwägung, daß die Einrede der Streithängigkeit von dem O. L. G. mit Recht abgewiesen wurde, weil es sich hier um die rechtliche Giltigkeit einer Miethkündigung handelt, worüber die Entscheidung ausschließlich dem B. G. der belegenen Sache (§. 1 der kaiserl. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213), mithin im vorliegenden Falle dem angerufenen B. G. Wieden zusteht, nach den Bestimmungen des citirten Gesetzes die gegen eine Aufkündigung vorgebrachten Einwendungen als Klage zu behandeln sind und mit möglichster Beschleunigung darüber entschieden werden soll, mithin, wenn nach §. 15 lit b) desselben Gesetzes auf Zeugen, deren Vernehmung nicht binnen 8 Tagen erfolgen kann, über Einwendung des Gegners kein Bedacht genommen werden darf, umsoweniger die Verschiebung der Entscheidung des Kündigungsprocesses bis zum Ausgang eines im ordentlichen Verfahren anhängigen Rechtsstreites zuläßig sein kann; daß aber andererseits das O. L. G. nach Verwerfung der Einrede der Streithängigkeit nicht sofort zur meritorischen Entscheidung schreiten durfte, sondern dieselbe dem Gerichte erster Instanz, welches in der Hauptsache noch nicht erkannt hat, aufzutragen hatte, weil sonst die Parteien um eine Instanz verkürzt wären, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung des O. L. G. in dem Punkte der Abweisung der Einrede der Streithängigkeit bestätigt, im Uebrigen aufgehoben und verordnet, daß das Gericht erster Instanz in merito entscheide.

Nr. 4731.

Vorzeitige Rücknahme eines Kindes aus einer Erziehungsanstalt: Verpflichtung zur Zahlung der späteren Raten der Pensionssumme?

Entsch. v. 15. Oct. 1872, Nr. 8663 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Lemberg v. 31. Dec. 1870, Nr. 25314 und des O. L. G. Lemberg v. 29. Dec. 1871, Nr. 34433). Zeitschr. f. d. Notariat 1873, Nr. 28.

B hat seine Tochter in die Anstalt der A für das Schuljahr 1868/69 nämlich für 10 Monate v. 15. September 1868 bis 15. Juli 1869 zur Erziehung gegeben und sich verpflichtet, dafür 650 fl. in gleichen Raten am 15. September, 15. December 1868, 15. Februar und 15. Mai 1869 zu zahlen. Nachdem er die ersten zwei Raten gezahlt hatte, nahm er das Kind, vor der Verfallzeit der dritten Rate, wieder zu sich, angeblich wegen Vernachlässigung der Erziehung in dem Institute, und wurde nach Ablauf des Schuljahres von der A auf Zahlung der zwei letzten Raten per 325 fl. belangt.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, — von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung: Die Zahlung der begehrten 325 fl. könnte dem B nur dann auferlegt werden, wenn

ſeine Tochter bis 15. Juli 1869 in der Anſtalt geblieben, verpflegt und erzogen worden wäre. Da nun B das Kind ſchon am 11. Februar 1869 herausgenommen hat, ſo fordert die A ungebührlich die Zahlung des in Rede ſtehenden Vergütungsbetrages, welchen ſie ebenſo unrichtig als den von B ihr zu erſetzenden Schadensbetrag bezeichnet. Wenn ſie durch die Wegnahme des Kindes einen Schaden erlitten hat, ſo lag ihr ob, den Betrag desſelben gehörig zu begründen und nachzuweiſen, was aber ihrerſeits nicht geſchehen iſt.

Nr. 4732.

Gerichtsſtand des Vertrages: Begründung desſelben durch Verſprechen der Ordnung der Sache an einem beſtimmten Orte und Einſendung des Guthabens dahin?

Entſch. v. 15. Oct. 1872, Nr. 10217 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 12. Jänner 1872, Nr. 148247 und des O. L. G. Wien v. 8. Mai 1872, Nr. 10217). G. H. 1873, S. 6.

A in Wien belangte die in Berlin etablirten Kaufleute: Gebrüder B bei dem Handelsgerichte in Wien als forum contractus auf Zahlung der Proviſion für Vermittelung eines Getreidegeſchäftes, indem er Briefe der Beklagten producirte, in welchen davon geſprochen wurde, die Sache in Wien zu ordnen reſpective das Guthaben (des A) nach Wien einzuſenden, und ſubſidiariſch den Beklagten den Haupteid darüber auftrug, daß ihr Procuriſt ihm verſprochen habe, nach ſeiner Rückkehr von einer Reiſe nach Temesvar deſſen Forderung in Wien zu begleichen. — Beide Untergerichte machten die Frage der — von den Beklagten beſtrittenen — Competenz des Wiener Forum, ohne Berückſichtigung der vorerwähnten Briefe, von dem aufgetragenen Haupteide abhängig.

Der oberſte Gerichtshof entſchied in gleichem Sinne und bemerkte, daß eine zur Abänderung gleichförmiger Sprüche berechtigende Geſetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit in den untergerichtlichen Erkenntniſſen nicht gefunden werden kann, da die von dem Kläger vorgelegten Briefe, welche beweiſen ſollen, daß die Beklagten ausdrücklich ſich verpflichtet haben, ſeine Forderung in Wien zu zahlen, nur von einem Ordnen der Sache in Wien und von Einſendung des Guthabens nach Wien ſprechen, der Ort, wohin die Zahlung übermacht werden ſoll, aber nach Art. 325 H. G. B. noch nicht als Erfüllungsort in Betreff des Gerichtsſtandes oder in ſonſtiger Beziehung anzuſehen iſt.

Nr. 4733.

Formelle Erforderniſſe eines Pränotationsgeſuches.

Entſch. v. 15. Oct. 1872, Nr. 10675 (Beſt. des das Decr. des L. G. Korneuburg v. 8. Juni 1872, Nr. 1479, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Juli 1872, Nr. 14717). G. H. 1872, S. 484. Zeitſchr. f. d. Notariat 1873, Nr. 23.

Die von B dem A ausgeſtellte Privat-Schuldverſchreibung von 1650 fl., in welcher als Rechtsgrund der Schuld ein Darlehen angeführt und dem A das Pfandrecht an mehreren nur mit den Grundbuchsfolien bezeichneten Grundſtücken des B eingeräumt wird, iſt von B nur unterſchrieben und von Zeugen nicht unterfertigt. — Das unter Vorlage dieſer Urkunde angebrachte Geſuch des A um die Vormerkung zur Erwirkung des Pfandrechts an den in der Urkunde bezeichneten Liegenſchaften wurde in erſter Inſtanz bewilligt, von dem O. L. G. hingegen abgewieſen, 1. weil nach §. 35 des Grundbuchsgeſetzes die Urkunden, auf deren Grund eine Vormerkung bewilligt werden ſoll, mindeſtens mit den allgemeinen Erforderniſſen der §§. 26 und 27 ibid. verſehen ſein müſſen, die von A beigebrachte Urkunde aber von dem Ausſteller nur unterſchrieben und nicht von zwei Zeugen mitgefertigt iſt (§. 114 a. G. O.) und 2. weil die Liegenſchaften, an welchen das Pfandrecht eingeräumt werden ſoll, darin nicht näher bezeichnet ſind (§. 36 des Grundbuchsgeſetzes).

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Verordnung des O. L. G. aus dem ad 1 angeführten Grunde.

Nr. 4734.

Gerichtsſtand des Vertrages: Begründung desſelben durch Ueberſendung der Zahlung?

Entſch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 8961 (Beſt. des das Urth. des H. G. Wien v. 21. Nov. 1871, Nr. 115806, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 14. Mai 1872, Nr. 7712). Jur. Bl. 1872, Nr. 36.

Der oberſte Gerichtshof hat der Einwendung der Unzuſtändigkeit des vom Kläger als forum contractus angerufenen Wiener Gerichtes aus folgenden Gründen ſtattgegeben. In der Klage wurde nur allgemein angeführt, „daß der Beklagte der getroffenen Verabredung gemäß die Zahlung in Wien hätte leiſten ſollen", — ohne Vorbringung der beſtimmten Thatſache, woraus dieſe Schlußfolgerung ſich ergeben ſoll. In der Replik producirte dann der Kläger einen Brief, worin der Beklagte verſprach, den geſchuldeten Betrag dem Kläger direct zu überſenden. Allein auch darin kann eine ausdrückliche Vereinigung der Parteien, daß die Zahlung in Wien zu leiſten ſei (§. 43 J. N.), nicht gefunden werden, da die Ueberſendung des Geldes durch den in Breslau wohnenden Beklagten an den Kläger nach Wien einer Leiſtung an dem Wohnorte des Letzteren, d. i. in Wien, nicht gleichzuſtellen iſt.

Nr. 4735.

Zeitliche Collision der Gesetze: Begehren um Concurseröffnung wegen Nichteinhaltung eines von der Concursordnung vom 25. December 1868 geschlossenen Zwangsausgleiches.

Entsch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 9779 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 12. März 1872, Nr. 29140, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. Juni 1872, Nr. 11602). Jur. Bl. 1873, Nr 3.

Nachdem der Ausgleichsgläubiger A mit dem Gesuche um Bewilligung der Execution gegen C als offenen Gesellschafter der Firma B zur Hereinbringung der verfallenen Raten des in dem Ausgleiche der Firma ihm versprochenen Betrages durch Entscheidung des obersten Gerichtshofes abgewiesen worden war, begehrte er mit Berufung auf den §. 37 des Gesetzes v. 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 97, über das Ausgleichsverfahren die Eröffnung des Concurses über das Vermögen der Firma B und des C. — Auf dieses Gesuch wurde von dem Gerichte erster Instanz eine Tagfahrt nach §. 63 der C. O. v. 25. December 1868 anberaumt. — Das O. L. G. cassirte den erstgerichtlichen Bescheid mit dem Auftrage über das auf den §. 37 des Gesetzes v. 17. December 1862, Nr. 97, gegründete Begehren des A einen neuen Beschluß zu fassen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz in Erwägung, daß A durch die von dem Schuldner unternommene Erfüllung der in dem Ausgleiche begründeten Verbindlichkeit nach §. 37 des Gesetzes vom 17. December 1862, Nr. 97, das Recht erlangte, die Eröffnung des Concurses zu begehren und daß er dieses sein Begehren auch nur auf den citirten §. 37 stützt, mithin das Gericht erster Instanz nicht befugt war, die Tagfahrt, welche eben nur die Feststellung jenes Umstandes zum Gegenstande haben sollte, nach dem §. 63 der C. O. anzuordnen, dem ganz andere Voraussetzungen zu Grunde liegen.

Nr. 4736.

Mandatsproceß: Voraussetzungen der Bewilligung der Execution zur Sicherstellung.

Entsch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 9926 (theilweise Best. der Decrete des B. G. Hietzing v. 5. Juli 1872, Nr. 6792 und des O. L. G. Wien v. 10. August 1872, Nr. 15319). Spruchrepertorium Nr. 23. G. Z. 1872, Nr. 95. (Manz'sche Sammlung I, S. 99.)

Vom B. G. Hietzing wurde dem A auf Grund der von ihm gegen B und Genossen im Mandatsprocesse erwirkten Aufträge zur Zahlung von 8000 fl. und 5000 fl. sammt Nebengebühren: 1. die von ihm zur Sicherstellung begehrte executive Sequestration einer den

Beklagten gehörigen Liegenschaft, welche dem Gläubiger A in Folge Vertrages bereits grundbücherlich verpfändet war, 2. die von ihm nachgesuchte executive Pfandrechtseinverleibung zur Sicherstellung auf die den Beklagten erblich angefallenen Antheile an zwei Häusern und die Sequestration dieser Häuserantheile bewilligt. — Vom O. L. G. wurde das Begehren in beiden Richtungen wegen nicht nachgewiesener Unzulänglichkeit des dem Kläger bereits bestellten Pfandes zur Deckung seiner Forderungen nach §. 4 des Gesetzes vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof hat ad 1 den bewilligenden Bescheid der ersten Instanz, ad 2 die abweisende Entscheidung des O. L. G. bestätigt. Gründe: Ad 1. Der Kläger A hat nach den Gesetzen v. 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, und 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, auf Grund der erlangten Zahlungsbefehle — ungeachtet der dawider erhobenen Einwendungen — unzweifelhaft das Recht, die Execution zur Sicherstellung der schleunigen Einbringung der bezüglichen Forderungen zu führen, und es muß ihm nach dem Wortlaute und Sinne des §. 4 der Verordnung Nr. 130 vom Jahre 1859 mit Rücksicht auf die Verbindung der Sätze dieses Paragraphen, auf den zweiten Satz des §. 6 derselben und auf die Sätze des §. 7 der Verordnung Nr. 95 vom Jahre 1855, deren Bestimmungen eben durch jene der Verordnung Nr. 130 vom Jahre 1859 in Betreff der Befugnisse des Gläubigers, sich Sicherheit zu verschaffen und die Einbringung der Forderung, wenn deren Richtigkeit anerkannt sein wird, zu beschleunigen, nach der klar ausgesprochenen Absicht nicht beschränkt, sondern erweitert wurden, — eingeräumt sein, die im citirten §. 4 vorgesehenen Acte der executiven richterlichen Pfändung und Schätzung, sowie der Sequestration zur Sicherstellung auch auf das Gut selbst, welches bereits durch Vertrag verpfändet war, und beziehungsweise auf dessen natürliche und Civilfrüchte zu erwirken; weil schon der §. 7 der Verordnung Nr. 95 vom Jahre 1855 die gerichtliche Schätzung des durch Vertrag verpfändeten Gutes zuließ, der erste Satz des §. 4 der Verordnung Nr. 130 vom Jahre 1859 aber ausspricht, daß die Execution zur Sicherstellung auf das Vermögen des Geklagten durch Pfändung und Schätzung oder Sequestration der gepfändeten beweglichen und unbeweglichen Sachen (ohne Unterscheidung, ob sie durch Vertrag verpfändet oder zwangsweise mit Pfand belegt worden sind), und selbst durch gleichzeitige Vornahme dieser Executionsarten geführt werden kann; weil hienach dem für den Fall, daß für die Forderung schon früher durch Vertrag ein Pfand bestellt war, daselbst im Schlusse beigefügten beschränkenden Beisatze nicht die Bedeutung beizulegen ist, daß dem zur Executionsführung zur Sicherstellung im Sinne der citirten Gesetze berechtigten Gläubiger, welchem bereits durch Vertrag ein Pfand bestellt war, verwehrt sein sollte, ohne besondere Darthuung der Unzulänglichkeit der hiemit erhaltenen

Deckung auf das ihm verpfändete Gut die Execution zur Sicherstellung in der ganzen vom citirten §. 4 vorgesehenen Ausdehnung, also auch durch Sequestration dieses Gutes zu führen; weil die Auslegung in dem anderen Sinne gegen die offenbare Absicht des Gesetzes den Gläubiger, welcher sich durch Vertrag ein Pfand bestellen ließ, für den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung — in Betreff der Maßregeln zur möglichst vortheilhaften und schleunigen Realisirung des Pfandrechtes nach seinem ganzen Umfange — schlechter stellen würde, als jene Gläubiger, welche sich erst nach erlangtem Zahlungsbefehle durch die Amtsgewalt des Richters ein Pfandrecht verschafften, und weil eine solche Auslegung um so weniger zulässig ist, als das Pfandrecht nach dem Ausspruche des ersten Absatzes des §. 457 des a. b. G. B. (dessen Sinn auch im zweiten Satze dieses Paragraphen, sowie im §. 1102 des a. b. G. B. und in der gesetzlichen Begrenzung der von einem Dritten geführten Sequestration seinen Ausdruck findet) sich auch auf die Früchte des Pfandobjectes, insolange sie noch nicht abgesondert, oder bezogen sind, erstreckt und folglich bei grundsätzlicher Zulassung der Executionsführung zur Sicherstellung auf das durch Vertrag verpfändete Gut auch gestattet sein muß, sich der schwebenden Natural- und Civilfrüchte, auf welche sich das Pfandrecht erstreckt, zu versichern. Es war daher die erstrichterliche Bewilligung der Sequestration der dem A durch Vertrag verpfändeten Realität zu bestätigen. Ad 2. Anders verhält es sich in Betreff der den Beklagten erbrechtlich angefallenen Häuserantheile. Diese bilden ein ganz anderes Object und da trat die Wirksamkeit der Klausel des §. 4 der Min.-Verordn. Nr. 130 vom Jahre 1859 ein, wornach A, wenn er, nach erwirktem Zahlungsbefehle, noch auf andere Objecte des Vermögens seiner Schuldner die Execution zur Sicherstellung führen wollte, glaubwürdig die Unzulänglichkeit des ihm schon durch Vertrag bestellten Pfandes darzuthun hatte. Eine solche Bescheinigung wurde im Executionsgesuche nicht geliefert und kann auch nicht ohne weiters in dem beigebrachten Bescheide des L. G. Wien vom ...., mit welchem ihm — unabhängig von den beim B. G. Hietzing erwirkten Zahlungsbefehlen — die Pfandrechtspränotation auf die obigen Hausantheile unter der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. und mit den Rechtsfolgen der §§. 438, 439 und 453 ibid. bewilligt wurde, gefunden werden, weil der besagte Bescheid, welcher nach den vor Einführung des neuen Grundbuchsgesetzes in dieser Materie geltenden Grundsätzen erlassen wurde, keine Begründung enthält, welche hier maßgebend sein könnte, und die Executionsführung zur Sicherstellung im Sinne der angezogenen Gesetze Nr. 95 vom Jahre 1855 und Nr. 130 vom Jahre 1859, ein von einer solchen Pränotation ganz verschiedenes Institut ist. — In dieser Richtung war daher der Kläger abzuweisen.

Es wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Der mit einem durch Vertrag bestellten

Pfand versehene Gläubiger ist auf Grund des nach den Gesetzen vom 21. Mai 1855, Nr. 95 und v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, erwirkten Zahlungsbefehles berechtigt, die Execution zur Sicherstellung auf das bestellte Pfand mittelst executiver Pfändung und Schätzung und auch mittelst Sequestration zu führen, ohne zum Behufe der letztgedachten Executionsart die Unzulänglichkeit der durch das bestellte Pfand erlangten Deckung glaubwürdig darthun zu müssen.

Nr. 4737.

Unstatthaftigkeit der grundbücherlichen Anmerkung der Abweisung einer Hypothekarklage.

Entsch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 10281 (Best. des das Decr. des B. G. Melnik v. 12. April 1872, Nr. 2360, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 10. Juni 1872, Nr. 17974). G. H. 1872, S. 451.

Nachdem A mit seiner Klage gegen B peto. Zahlung einer für ihn auf der Liegenschaft des Beklagten intabulirten Forderung rechtskräftig abgewiesen worden war, begehrte B die grundbücherliche Anmerkung des Urtheiles bei seiner mit der Forderung des A belasteten Liegenschaft. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil durch die grundbücherliche Anmerkung des Urtheiles, mit welchem die Klage des A um Zahlung der auf der Realität des B intabulirten Forderung abgewiesen wurde, „eine bestimmte, nach den Vorschriften der Civilproceßordnung oder des allgemeinen Grundbuchsgesetzes damit verbundene Rechtswirkung" nicht begründet wird, mithin das im §. 20 des Grundbuchsgesetzes für die grundbücherliche Anmerkung vorgeschriebene Erforderniß fehlt.

Nr. 4738.

Executive Immobilienexecution: Zulassung eines Solidarschuldners zur Licitation.

Entsch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 10340 (Best. des Decr. des B. G. Böhmisch-Kamnitz v. 16. Juli 1872, Nr. 3711, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 12. August 1872, Nr. 25168) G. Z. 1872, Nr. 95.

Auf das Ansuchen der A wurde wegen einer Schuld des verstorbenen B die executive Feilbietung der zur Verlassenschaft des Letzteren gehörenden Realität angeordnet. Bei der Feilbietungstagfahrt erschien der solidarische Mitschuldner C und wollte mitbieten, wogegen A Protest erhob. — Das Gericht erster Instanz erklärte das Mit-

bieten des C als zuläſſig. — Das O. L. G. entſchied, daß C als Mitlicitant bei der in Rede ſtehenden Feilbietung nicht zuzulaſſen ſei, weil derſelbe nach der vorliegenden Zahlungsauflage, auf Grund deren die Execution geführt wird, als Solidarſchuldner erſcheint und mit Rückſicht auf §. 463 a. b. G. B. und das Hofdcr. v. 27. März 1793, J. G. S. Nr. 95, deshalb als Mitlicitant nicht eintreten kann.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte den Beſcheid der erſten Inſtanz, „weil eben nicht das Vermögen des C Gegenſtand dieſer Feilbietung iſt, derſelbe die feilzubietende Realität nicht verpfändet hat, daher die Beſtimmungen des Hofdcr. v. 27. März 1793, J. G. S. Nr. 95 und des §. 463 a. b. G. B. gegen ihn nicht geltend gemacht werden können, obgleich er auch für die Schuld, zu deren Einbringung dieſe Feilbietung dienen ſoll, perſönlich oder mit einem anderen Pfand als Solidarſchuldner mithaftend wäre. Auf ſeine Eigenſchaft als präſumtiver Erbe des Schuldners B aber kann ſchon darum nicht Rückſicht genommen werden, weil er ſich zu dem Nachlaſſe des B noch nicht erbserklärt hat".

Nr. 4739.

Vertheilung des Meiſtgebotes: Rangordnung rückſtändiger, durch executives Pfandrecht gedeckter Zinſen.

Entſch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 10485 (Beſt. des Decr. des B. G. Liban v. 7. Nov. 1871, Nr. 2989, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 18. Juni 1872, Nr. 17986). G. H. 1873, S. 227.

Bei der Vertheilung des Erlöſes von dem im Jahre 1871 vollzogenen Zwangsverkaufe einer Liegenſchaft haben zwei Gläubiger für die Zinſen ihrer Forderungen die Priorität des den Capitalien zukommenden Pfandrechtes ſeit 21. Juli 1867, reſp. ſeit 18. Auguſt 1859 in Anſpruch genommen, weil ſie in den Jahren 1869 und 1870 für ihre ausſtehenden Zinſenforderungen im Executionswege das Pfandrecht an der Liegenſchaft in der Rangordnung der Capitalien erwirkt hatten. — Das Gericht erſter Inſtanz berückſichtigte dieſen Anſpruch, indem es in der Vertheilung des Meiſtgebotes den angemeldeten Zinſen die Priorität der Capitalsforderungen einräumte. — Das O. L. G. hingegen beſchränkte dieſen Vorzug auf den Betrag der Zinſen der letzten drei Jahre von der Verſteigerung zurückgerechnet, weil nach den, per analogiam auch bei executiven Veräußerungen anzuwendenden Beſtimmungen der §§. 33 und 35 der E. O. den Zinſen der Pfandforderungen ausnahmslos nur für drei Jahre (von der Concurseröffnung zurückgerechnet) die Priorität des Capitals zukommt.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Entſcheidung mit der Motivirung, daß die Gläubiger des Pfandrechtes, welches ſie für die angemeldeten Zinſen bereits erworben hatten, durch die Exe-

cution gegen die Pfandsache nicht verlustig werden, daß das Erlöschen ihres Pfandrechtes am wenigsten durch die Berufung auf die §§. 33 und 35 E. O. gerechtfertigt werden kann, da diese Vorschriften den Zweck haben, Zinsenforderungen, für die ein Pfandrecht noch nicht erworben ist, durch ein gesetzliches Pfandrecht zu schützen, nicht aber erworbene Pfandrechte wirkungslos zu machen oder deren Rangordnung zum Nachtheile der Pfandgläubiger zu verändern.

Nr. 4740.

Voraussetzung der grundbücherlichen Anmerkung der Execution zur Realisirung einer Hypothekarforderung.

Entsch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 10652 (Best. des Decr. des B. G. Manetin v. 17. Mai 1872, Nr. 2192, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 23. Juli 1872, Nr. 2192). G. Z. 1872, Nr. 86.

A begehrte als Cessionar einer Hypothekarforderung gegen die Hypothekarschuldner auf Grund des rechtskräftigen Zahlungserkenntnisses die „Anmerkung der Execution zur Einbringung der Hypothekarforderung". — Das Gericht erster Instanz wies dieses Gesuch ab, weil eine bloße Anmerkung der Execution zur Einbringung der für den Gesuchsteller auf dem Besitzstande X haftenden Forderung weder in dem allgemeinen Grundbuchsgesetze noch in der Civilproceßordnung normirt ist. In dem Recurse gegen diesen Bescheid führte A aus: Der §. 20 a) und b) des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, bestimme ausdrücklich, daß die grundbücherlichen Anmerkungen zur Ersichtlichmachung persönlicher Verhältnisse und zur Begründung bestimmter, nach den Vorschriften der Civilproceßordnung oder des Grundbuchsgesetzes damit verbundener Rechtswirkungen erfolgen. Im vorliegenden Falle, wo das Pfandrecht für die Forderung bereits einverleibt ist, scheine es nicht zulässig zu sein, ein anderes Begehren, allenfalls das Begehren um die Einverleibung des executiven Pfandrechtes für die bereits haftende Hypthekarforderung auf dem Besitzstande des Schuldners zu stellen. Von derselben Ansicht sei offenbar auch der Verfasser der im Verlage der Staatsdruckerei erschienenen, zweifellos amtlich redigirten und den Gerichten zur Erzielung einer Gleichförmigkeit übergebenen „Beispiele von Bescheiden, Eintragungen und Bestätigungen von Eintragungen in Grundbuchsangelegenheiten" ausgegangen, wie aus den Beispielen 8 und 9 hervorgehe *). —

---

*) Beispiel 9: Execution zur Einbringung einer Hypothekarforderung. Bescheid: Auf Grund — wird in — die Anmerkung der bewilligten Execution zur Einbringung der — auf — für — haftenden Hypothekarforderung von — mit — Zinsen bewilligt. Hievon werden — verständigt. Eintragung: Präsentation. Auf Grund — wird die Execution zur Einbringung der auf — unter — für — haftenden Hypothekarforderung von — mit — Zinsen angemerkt.

Das O. L. G. gab dem Recurse ſtatt und verordnete die Anmerkung der bewilligten Execution zur Einbringung der bezeichneten Hypothekarforderung, weil die Hypothekarforderung ſelbſt bereits einverleibt iſt, ſohin es blos der Anmerkung der bewilligten Execution bedarf, indem im Sinne des neuen Grundbuchsgeſetzes die in Streitſachen erfolgenden Eintragungen nur anzumerken ſind (§. 20 lit. b) des Grundbuchsgeſetzes). — Gegen die obergerichtliche Erledigung ergriffen die Hypothekarſchuldner den Reviſionsrecurs, in welchem ſie anführten: Nach §. 322 a. G. O. kann der erſte Executionsgrad wegen einer ſchuldigen Forderung auf ein liegendes Gut nur durch Einverleibung des Spruches im Grundbuche ſtattfinden, die bloße Anmerkung der bewilligten Execution kann da nicht genügen. Der §. 20 des Grundbuchsgeſetzes beſtimmt, daß die grundbücherlichen Anmerkungen zur Begründung beſtimmter nach den Vorſchriften der Civilproceßordnung damit verbundenen Rechtswirkungen erfolgen können. Es ſind daſelbſt mehrere Fälle ſolcher Anmerkung angeführt. Es ſind dies aber durchgehends Fälle, wo eben nur die Anmerkung, keineswegs aber die Einverleibung ſtattfinden kann. Dagegen können und werden Pfandrechte ſtets nur einverleibt werden, und es kann keinen Unterſchied begründen, ob es ſich um ein unbedingtes oder executives Pfandrecht handelt u. ſ. w. u. ſ. w.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die abweiſende Verordnung der erſten Inſtanz, weil A die Execution des für ſeine Forderung erwirkten Urtheiles nicht begehrt hat, dieſelbe ihm daher nicht bewilligt und die Anmerkung einer „bewilligten Execution", da ſie mit den thatſächlichen Verhältniſſen nicht übereinſtimmen würde, auch nicht zugelaſſen werden kann, mithin die Berufung des §. 20 lit. b) in der obergerichtlichen Entſcheidung nicht am Platze iſt.

Nr. 4741.

Zuſtändigkeit des Proceßgerichtes zur Enthebung des Armenvertreters wegen Undurchführbarkeit des Proceſſes.

Entſch. v. 16. Oct. 1872, Nr. 10707 (Beſt. des das Decr. des B. G. Prag v. 20. Juli 1872, Nr. 18568, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 20. Auguſt 1872, Nr. 25705). G. H. 1873, S. 82.

Der oberſte Gerichtshof hat im Einklange mit ſeiner früheren Entſcheidung v. 1. März 1871, Nr. 2212 (Nr. 4076 der Sammlung), und mit derſelben Motivirung die Zuſtändigkeit des Proceßgerichtes — im Gegenſatz zum Ausſchuſſe der Advocatenkammer — zur Enthebung des Armenvertreters wegen Undurchführbarkeit des Rechtsſtreites ausgeſprochen.

Nr. 4742.

Verwahrung gepfändeter und in enge Sperre genommener Sachen in einer dem Executen gehörigen Räumlichkeit: Entschädigungsanspruch des Executen?

Entsch. v. 17. Oct. 1872, Nr. 7723 (Best. der gleichförmigen Urth. des k. G. Reichenberg v. 26. März 1872, Nr. 2026 und des O. L. G. Prag v. 4. Juni 1872, Nr. 17291). Jur. Bl. 1872, Nr. 43.

Bei dem A, Pächter eines Gasthauses und einer damit verbundenen Badeanstalt, wurden auf Ansuchen seines Gläubigers B, Mobilien gepfändet und einige Stücke in einem Zimmer des Gasthauses versperrt, an dessen Thür der Gerichtsdiener das Amtssiegel anlegte. Nachdem diese Sperre drei Monate gedauert hatte, belangte A den B auf Zahlung des ihm entgangenen Gewinnes, indem er den entbehrten Nutzen des zur Aufbewahrung der versperrten Pfandsachen verwendeten Zimmers, welches er anderenfalls an Gäste vermiethet hätte, und den Gewinn, der aus der Bewirthung derselben und dem Gebrauche des Bades ihm erwachsen wäre, mit 10 fl. pr. Tag berechnete. — Das Gericht erster Instanz erkannte gegen das Klagebegehren, weil nach §. 1294 a. b. G. B. ein Anspruch auf Schadenersatz nur dann begründet ist, wenn der Schade durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung verursacht wurde, nach §. 1331 ibid. zur Begründung des Anspruches auf den Ersatz des entgangenen Gewinnes noch überdies dolus oder culpa lata des Beschädigers erforderlich ist, eine solche Beschädigung aber dem B, der nur von seinem Executionsrechte innerhalb der gesetzlichen Schranken Gebrauch machte und bei dem Vollzuge der Execution nicht gegenwärtig war, nicht zur Last fällt, und weil andererseits der Gerichtsdiener durch die Anlegung der Sperre nur die Vorschrift des §. 343 a. G. O. befolgt hat und es Sache des Executen gewesen wäre, für die Aufbewahrung der Gegenstände, die versperrt werden mußten, ein anderes Behältniß, als das von dem Gerichtsdiener gewählte Zimmer anzubieten. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung aus den nämlichen Gründen und in der weiteren Erwägung, daß, wenn die Amtshandlung des Gerichtsabgeordneten nicht correct war, der Executt dagegen nur den Weg der Beschwerde wegen ordnungswidrigen Vollzugs der Execution offen hatte.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers wurde von dem obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung verworfen.

Nr. 4743.

Exſcindirungsproceß: Unzuläſſigkeit der Eidesauftragung „an die Finanzprocuratur".

Entſch. v. 22. Oct. 1872, Nr. 8805 (Abänd. der Urth. des B. G. Urfahr v. 12. März 1872, Nr. 1179 und des O. L. G. Wien v. 12. Juni 1872, Nr. 8887). Jur. Bl. 1872, Nr. 44.

In dem Proceſſe der A gegen die Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus wegen Eigenthums der Klägerin an den für den Fiscus bei ihrem Ehegatten gepfändeten Mobilien erbot ſich die A, durch das Zeugniß des Executen und nöthigenfalls durch den von ihr der Finanzprocuratur rückſchiebbar aufgetragenen Haupteid zu beweiſen, daß ſie mit ihrem Gelde die vindicirten Sachen gekauft und gezahlt habe. — In erſter Inſtanz wurde der angebotene Zeugenbeweis zugelaſſen. — Das O. L. G. beſeitigte dieſen Beweis wegen der Verwerflichkeit des Zeugen und erkannte auf den Haupteid.

Von dem oberſten Gerichtshofe wurde auch der Eid beſeitigt und die Klägerin unbedingt abgewieſen in Erwägung, daß die Auftragung des Haupteides an die Finanzprocuratur gegen das Geſetz verſtoßt, weil nach §. 223 a. G. O. ein gerichtlicher Eid niemals von einem Sachwalter giltig abgelegt werden kann, ſondern jederzeit in Perſon geſchworen werden muß, demnach ein Haupteid auch nur einer beſtimmten und eidesförmigen Perſon aufgetragen werden kann, folglich die Auftragung des Haupteides an den Fiscus nur dann zuläſſig iſt, wenn der Deferent im Proceſſe die phyſiſche Perſon, die den Eid für den Fiscus abzulegen hätte, namhaft machen konnte und namhaft gemacht hat, was aber in dem vorliegenden Rechtsſtreite nicht geſchehen iſt.

Nr. 4744.

Telegramme, welche die Stelle von Eingaben vertreten ſollen.

Entſch. v. 22. Oct. 1872, Nr. 10788 (Beſt. des das Decr. des B. G. Böhmiſch-Brod v. 7. Juli 1872, Nr. 3022, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Auguſt 1872, Nr. 24604). G. Z. 1872, Nr. 100.

Dem Kläger A wurde von dem Geklagten B die Einbringung eines Klagenachtrages binnen 30 Tagen geſtattet. Am letzten Tage der Friſt — 27. Juni 1872 — meldete A telegraphiſch einen Klagenachtrag an, welchen er unter Berufung auf die Miniſterialverordnung vom 9. Jänner 1869, R. G. Bl. Nr. 8, innerhalb 8 Tagen nach jenem Telegramme ſchriftlich ausgeführt bei Gericht einbrachte. — Das Gericht erſter Inſtanz verordnete die Zuſtellung des ſchriftlichen Klagenachtrages an den Geklagten zur Einrede. In Folge des Recurſes des Geklagten, verordnete das O. L. G., daß der Klagenach-

trag des A dem B lediglich unter Hinweisung auf das zwischen A und B getroffene Uebereinkommen zugestellt werde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verfügung, in Erwägung, daß das fragliche Telegramm den Klagenachtrag, welchen A am 27. Juni 1872 einzubringen hatte, nicht enthielt, sondern nur dessen Einbringung anmeldete, welche aber an diesem Tage nicht erfolgte; daß auch Telegramme, welche die Stelle von Eingaben vertreten sollen, den Inhalt der betreffenden Eingabe enthalten müssen, indem durch die Ministerialverordnung vom 9. Jänner 1869, R. G. Bl. Nr. 8, an den Vorschriften der allgemeinen Gerichtsordnung nichts geändert, sondern in solchen Fällen der stempelpflichtigen Partei nur gestattet wurde, die gesetzliche Stempelpflicht auch in der Art zu erfüllen, daß die Partei bei der Behörde, an welche das Telegramm gerichtet war, eine den Inhalt des Telegrammes vollständig oder auszugsweise wiedergebende gewöhnliche Eingabe, welche mit den für das Telegramm entfallenden Stempelmarken zu versehen ist, binnen der im §. 2 dieser Verordnung festgesetzten Präclusivfrist einbringt, daher diese Verordnung bei derlei Telegrammen einen vollständigen Inhalt der Eingaben, die sie vertreten sollen, voraussetzt, welches Erforderniß aber im gegenwärtigen Falle gänzlich fehlt; daß mithin der fragliche Klagenachtrag als am 27. Juni 1872 eingebracht nicht angesehen werden kann.

Nr. 4745.

Actio negatoria: Beweislast.

Entsch. v. 23. Oct. 1872, Nr. 5633 (Best. des das Urth. des B. G. Birkfeld v. 31. Oct. 1871, Nr. 1020, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 21. März 1872, Nr. 3056). **Spruchrepertorium** Nr. 27. G. Z. 1872, Nr. 96. (Manz'sche Sammlung I, S. 104.)

Die negatorische Klage des A gegen B auf Anerkennung der Freiheit seines Grundes von der Servitut, Wasser ab- und herzuleiten, war mit dem Grundbuchsauszuge instruirt, welcher den Eigenthumserwerb des Klägers bestätigt und außer Pfandschulden keine anderen Belastungen des Grundstückes anführt. Der Beklagte vertheidigte sich 1. mit dem Vorbringen, daß der Kläger gegen ihn als Besitzer der Servitut den negativen Beweis der Nichtberechtigung zur Ausübung (der „Anmaßung") der Dienstbarkeit zu führen habe und — davon abgesehen — 2. mit der Einwendung der Ersitzung der Servitut durch 30jährigen Besitz. Nach Aufnahme des zu 2 angebotenen Zeugenbeweises wurde in erster Instanz der Kläger abgewiesen, wogegen das O. L. G. dem Klagebegehren stattgab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. In den Motiven wird die erste Einwendung des Beklagten in folgender

Weiſe widerlegt: Die geſetzliche Vermuthung ſtreitet für die Freiheit des Eigenthumes; wer eine Beſchränkung desſelben durch ein an der fremden Sache ihm zuſtehendes Recht behauptet, muß dieſe Beſchränkung, reſpective die Erwerbung des angeblichen Rechtes beweiſen. Wenn der §. 523 a. b. G. B. den Kläger verpflichtet, die Anmaßung der Servitut an ſeiner Sache zu beweiſen, ſo iſt dieſe Anordnung nur dahin auszulegen, daß er die Thatſache der Störung ſeines Eigenthumes durch die vom Gegner beanſpruchte Servitut darthun muß; ſie kann aber nicht in dem Sinne verſtanden werden, als ob der Kläger auch den Beweis zu liefern hätte, daß dem Beklagten die Servitut rechtlich nicht zuſteht. Der Letztere kann ſich desfalls auch nicht auf den §. 323 a. b. G. B. berufen, weil durch dieſen Paragraph der Beſitzer nur gegen die Aufforderung geſchützt wird, als Kläger einen giltigen Titel ſeines Beſitzes nachzuweiſen, welcher Fall hier, wo der Beklagte von dem Eigenthümer, deſſen Titel ſtärker iſt, belangt wird, nicht eintritt. — Gegen die zweite Einwendung des Beklagten ſprechen die oberſtgerichtlichen Entſcheidungsgründe die aus der umſtändlichen Prüfung der Zeugenausſagen gewonnene Ueberzeugung aus, daß die ſtreitige Waſſerleitung vom Beklagten und dem Vorfahren im Beſitze ſeines Grundſtückes niemals als ein Recht, ſondern gegen beliebigen Widerruf von Seite des Beſitzers des Grundes ausgeübt wurde und daher die Erſitzung der Servitut wegen Unechtheit des Beſitzes (§. 1464 a. b. G. B.) nicht eingetreten ſei.

Es wurde die Aufnahme des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Im Falle der negatoriſchen Servitutsklage hat der Beklagte das rechtliche Daſein der Dienſtbarkeit und nicht der Kläger die Freiheit ſeines Eigenthums zu beweiſen.

Nr. 4746.

Vindication aus einer Concursmaſſe: Eidesdelation an die „Gegenſeite".

Entſch. v. 23. Oct. 1872, Nr. 8442 (Beſt. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 21. Nov. 1871, Nr. 60727 und des O. L. G. Wien v. 14. Mai 1872, Nr. 5882). G. H. 1872, S. 445.

In dem Proceſſe der A gegen die Gläubigerſchaft ihres in Concurs gekommenen Ehemannes B unter Vertretung des Concursmaſſeverwalters peto. Eigenthumes der Klägerin an mehreren in das Concursinventar einbezogenen Mobilien und Ausſcheidung derſelben, erkannten beide Untergerichte bezüglich einiger von den vindicirten Sachen auf den von der Klägerin zum Beweiſe der Eigenthumserwerbung der „Gegenſeite rückſchiebbar aufgetragenen Haupteid, deſſen Zuläſſigkeit der Concursmaſſeverwalter wegen Mangels der Bezeichnung der Perſon des Delaten beſtritten hatte. — Dagegen ergriff der Concurs-

maſſeverwalter die a. o. Reviſionsbeſchwerde, in welcher er Folgendes anführte: Daß der Haupteid einer beſtimmten Perſon aufgetragen werden muß, ergebe ſich deutlich aus den §§. 204—211 a. G. O. Die vorliegende Klage ſei aber gegen die Gläubigerſchaft, gegen ein Abſtractum gerichtet und in der ganzen Verhandlung ſei keine phyſiſche Perſon als Delat genannt worden. Den Proceß habe der Concursmaſſeverwalter nach eingeholter Zuſtimmung des Gläubigerausſchuſſes geführt; die einzelnen Gläubiger ſeien nicht gefragt worden und könnten daher auch nicht zur Eidesleiſtung herangezogen werden, ebenſo wenig aber der Concursmaſſeverwalter, da er nicht im eigenen Namen Proceß führt (§. 207 a. G. O.). Der Cridar ſelbſt ſei in der Verhandlung nirgends als Streitgenoſſe genannt, erſcheine als eine dritte Perſon und habe hier überdies ein mit der Klägerin, ſeiner Ehefrau, zuſammentreffendes Intereſſe. Das Hofdcr. v. 27. März 1841, J. G. S. Nr. 518 (Zuläſſigkeit der Delation des Haupteides an den Cridar), ſei durch Art. I des Einführungsgeſetzes zur geltenden C. O. außer Kraft geſetzt und deſſen Anwendung auf den vorliegenden Fall geſetzwidrig. Nach der gegenwärtigen C. O. gebe es nur Proceſſe von Gläubigern gegen Gläubiger, in denen der Cridar, wenn er nicht freiwillig als Streitgenoſſe beitritt, nichts zu thun, daher auch nichts zu ſchwören habe.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die Reviſionsbeſchwerde. Gründe: In der Zulaſſung des der beklagten Seite ohne Beſtimmung der zur Abſchwörung berufenen phyſiſchen Perſon aufgetragenen Haupteides kann eine zur Abänderung gleichförmiger Urtheile berechtigende Geſetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden, da es weder ſelbſtverſtändlich noch in der C. O. oder in einem anderen Geſetze ausgeſprochen iſt, daß dem Vindicanten von Sachen, die in eine Concursmaſſe eingezogen wurden, das Recht benommen ſei, dem Gegner über entſcheidende Thatſachen den Haupteid aufzutragen. Von der Unmöglichkeit, daß eine phyſiſche Perſon den Eid für die beklagte Gläubigerſchaft ablege, kann keine Rede ſein, da die letztere ein Inbegriff von phyſiſchen Perſonen iſt und auch den Cridar als Vertretungsleiſter heranziehen konnte. Iſt die Gläubigerſchaft nicht im Stande, den Beweisſatz eidlich zu widerſprechen, und kann oder will ſie ſich auch durch den Cridar nicht vertreten laſſen, ſo befindet ſie ſich in der gleichen Lage, wie jede andere im eigenen Namen Proceß führende Partei, welcher eben darum der Haupteid auch über fremde Handlungen aufgetragen werden kann, von denen ſie vielleicht keine Kenntniß hat. Was aber das in den untergerichtlichen Motiven gar nicht citirte Hofdcr. v. 27. März 1841, J. G. S. Nr. 518, anbetrifft, ſo hat die neue C. O. an den Beſtimmungen der a. G. O. über die Fragen: wann und wem der Haupteid aufgetragen werden kann, nichts geändert und ſind nach dem §. 137 der neuen C. O. die Rückforderungsanſprüche wie außerhalb des Concurſes geltend zu machen; wenn auch

in dieſen Proceſſen der Concursmaſſeverwalter für die Gläubigerſchaft einzutreten hat, bleibt doch die letztere der eigentliche Gegner, und es läßt ſich daher wohl nicht behaupten, daß nur ein nicht im eigenen Namen Proceß führender Gegner vorhanden ſei.

Nr. 4747.

Haftung des Fideicommißgutes für die Beſitzveränderungsgebühr.

Entſch. v. 23. Oct. 1872, Nr. 11014 (Beſt. des Decr. des L. G. Prag v. 4. Mai 1872, Nr. 11871, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 17. Juli 1872, Nr. 12960). G. H. 1873, S. 211.

Das Gericht erſter Inſtanz bewilligte auf Einſchreiten der Finanzprocuratur zur Sicherſtellung der Gebühren für den Uebergang des Fürſt M'ſchen Fideicommiſſes auf den A als Nachfolger in dem Fideicommiſſe die Intabulation des Pfandrechtes auf ſämmtlichen Fideicommißgütern. Das O. L. G. hingegen bewilligte die Intabulation nur ad fructus der Güter, weil die Gebühr für die Uebertragung des Fideicommißbeſitzes von einem Beſitzer auf den andern, um welche Gebühr es ſich hier handelt, gemäß §. 226 des kaiſerl. Patentes vom 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, nur auf dem Fideicommißbeſitze als der Sache, die den Gegenſtand der Uebertragung ausmacht, haftet (§. 72 des kaiſerl. Patentes v. 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50).

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Verordnung, weil nach §. 57 des Patentes vom 9. Februar 1850, Nr. 50, der ganze Nachlaß eines Verſtorbenen der Gebühr unterliegt und für die Verbindlichkeit zur Entrichtung derſelben die Eigenſchaft des Nachlaſſes: Allod — Fideicommiß, keinen Unterſchied begründet; weil der Vorfahr des A, der Erblaſſer, nach §. 629 a. b. G. B. Nutzungseigenthümer des M'ſchen Realfideicommiſſes war, mithin dasſelbe ſeinen Fideicommißnachlaß und darum auch den Gegenſtand der Uebertragung auf den Fideicommißerben A, beziehungsweiſe der von dem Letzteren zu zahlenden Uebertragungsgebühr bildet; weil nach §. 72 des Patentes vom 9. Februar 1850, Nr. 50, dieſe Gebühr auf der Sache, welche den Gegenſtand der Uebertragung ausmacht, alſo hier auf den Gütern des M'ſchen Fideicommiſſes haftet; weil endlich zur Zeit es ſich nicht um die Berichtigung oder executive Eintreibung der Gebühr, die nach §. 642 a. b. G. B. und §. 226 des kaiſerl. Patentes vom 9. Auguſt 1854, R. G. Bl. Nr. 208, allerdings nicht von dem Stammvermögen, ſondern nur von den Früchten des Fideicommiſſes gefordert werden könnte, ſondern blos um deren mittlerweilige pfandrechtliche Sicherſtellung handelt und keine Vorſchrift beſteht, daß der Fiscus den ſchon im Geſetze begründeten Anſpruch auf pfandrechtliche Sicherſtellung ſeiner Gebührenforderung nur in beſchränktem Umfange, wie andere Fideicommißgläubiger, geltend machen könne.

Nr. 4748.

Beginn der Mora des Vermächtnißschuldners: mora ex lege.

Entsch. v. 24. Oct. 1872, Nr. 6531 (Best. des das Urth. des B. G. Pettau v. 10. August 1871, Nr. 9083, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 3. April 1872, Nr. 14803). Spruchrepertorium Nr. 28. G. Z. 1872, Nr. 96. (Manz'sche Sammlung I, S. 105.)

In dem Proceß der A gegen die Erben des M pcto. Zahlung eines Legates von 2000 fl. und der Morazinsen vom ersten Jahrestage des Todes des Testators an, wurden der in erster Instanz mit dem ganzen Klagebegehren abgewiesenen Klägerin vom O. L. G. sowohl Capital als die in Anspruch genommenen Zinsen zuerkannt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit der auf den Zinsenanspruch bezugnehmenden Bemerkung, daß die Pflicht der Beklagten zur Zahlung der Zinsen von der Zeit nach einem Jahre vom Tode des Erblassers nach den §§. 685 und 1334 a. b. G. B. nicht bezweifelt werden könne, und beschloß unter einem die Eintragung des folgenden Satzes in das Spruchrepertorium: „Die Mora des Vermächtnißschuldners beginnt am gesetzlichen Zahlungstage (§. 685 a. b. G. B.) ohne Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung."

Nr. 4749.

Verpflichtung des unehelichen Kindes zur Alimentirung der Mutter: Beweis der Mutterschaft.

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 8707 (Abänd. der Urth. des B. G. Krosno v. 3. Februar 1872, Nr. 83 und des O. L. G. Lemberg v. 30. April 1872, Nr. 8791). Jur. Bl. 1872, Nr. 39.

Die A belangte den B als ihren ehelichen Sohn auf Leistung der Alimente, weil sie in Dürftigkeit verfallen ist (§. 154 a. b. G. B.). Der Beklagte leugnete, daß die A seine Mutter sei, worauf sie, in Ermangelung des Trau- und Taufscheines, ihm den Haupteid darüber zuschob, daß er ihr in rechtsgiltiger Ehe mit M erzeugter Sohn und von ihr im Jahre 1832 geboren worden sei. Die weitere Anführung der A, daß B durch längere Zeit sie erhalten und mit ihr als Mutter zusammen gewohnt habe, wurde von dem Beklagten nicht widersprochen. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B nach dem Klagebegehren für den Fall, daß die Klägerin mit dem ihr zurückgeschobenen Haupteide beschwört, daß B ihr in rechtmäßiger Ehe erzeugter Sohn und von ihr im Jahre 1832 geboren worden sei. — Das O. L. G. erkannte unbedingt nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den B zur Zahlung der Alimente gegen den Haupteid der Klägerin, „daß sie den B geboren hat". Gründe: Der von der Klägerin aufgetragene und ihr zurück-

geſchobene Haupteid iſt, ſoweit er ſich auf die Abſtammung des Beklagten aus einer rechtsgiltigen Ehe bezieht, nicht zuläſſig, weil desfalls in demſelben nur das Reſultat von Thatſachen, die ſelbſt erſt eines Beweiſes bedürfen, enthalten iſt (§. 170 und 275 weſtg. G. O. und Hofdcr. v. 18. Februar 1846, J. G. S. Nr. 935). Inſoferne aber in dem Haupteide die Thatſache begriffen iſt, daß die Klägerin den Beklagten geboren habe, ſteht der Zulaſſung desſelben nichts entgegen. Erwägt man nun, daß nach den Beſtimmungen des a. b. G. B. der Mutter gegenüber die unehelichen Kinder beinahe gleiche Rechte, wie die ehelichen, genießen (§§. 166, 754, 763, 1220, 1231 a. b. G. B.), ſo wie andererſeits der Mutter das geſetzliche Erbrecht an dem Vermögen des unehelichen Kindes gebührt (§. 756 ibid.), daß es daher keinem Zweifel unterliegen kann, daß auch die Mutter eines unehelichen Kindes, wenn ſie in Dürftigkeit verfallen iſt (§. 154 ibid.), berechtigt ſei, von ihm den wenigſtens ſeinem Vermögen angemeſſenen Unterhalt zu fordern, ſo iſt es in dem vorliegenden Falle für die Frage nach der Verpflichtung des Beklagten zur Leiſtung des Unterhaltes an die Klägerin, ganz gleichgiltig, ob die Behauptung der Letzteren, daß er von ehelicher Abſtammung ſei, der Wahrheit entſpreche oder nicht. Es iſt nur die Frage entſcheidend, ob die Klägerin die Mutter des Beklagten ſei; es bedarf daher nur der Thatſache, daß ſie ihn geboren hat, eines Beweiſes (§. 170 weſtg. G. O.) und darauf war die Eidesformel einzuſchränken (§. 281 weſtg. G. O.). Die weitere Ausdehnung, die das Gericht erſter Inſtanz dem Haupteide gegeben hat, iſt daher nicht gerechtfertigt. — Ebenſowenig iſt aber die unbedingte oberlandesgerichtliche Verurtheilung des Beklagten begründet. Nach der Anſicht des O. L. G. wäre durch die vom Beklagten nicht abgeleugnete Thatſache, daß er die Klägerin längere Zeit erhalten und mit ihr als Mutter zuſammen gewohnt habe, die rechtliche nur durch ſeinen Gegenbeweis zu entkräftende Vermuthung begründet, daß ſie ſeine Mutter ſei. Allein in dem Geſetze iſt nirgends ein Anhaltspunkt geboten, um auf die Leiſtung des Unterhaltes, die ja auch an eine ganz fremde Perſon, aus bloßer Mildthätigkeit oder aus einer anderen, mit keiner Verwandtſchaft zuſammenhängenden Urſache geſchehen mag, eine ſolche Vermuthung gründen zu können.

Nr. 4750.

Ehetrennung wegen unüberwindlicher Abneigung ohne vorhergegangene gerichtliche Scheidung.

Entſch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 8803 (Beſt. des das Urth. des L. G. Wien v. 10. Oct. 1871, Nr. 56877, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 15. Mai 1872, Nr. 8803). G. H. 1873, S. 43.

Dem Geſuche des von ſeiner Gattin B ſeit 15 Jahren getrennt lebenden A um Trennung ihrer Ehe wegen unüberwindlicher gegen-

ſeitiger Abneigung (§. 115 a. b. G. B.) wurde in erſter Inſtanz zur Zeit nicht ſtattgegeben, weil der Trennungsgrund conſtatirt iſt, allein der Verſuch einer Scheidung von Tiſch und Bett noch nicht gemacht worden war. — Das O. L. G. bewilligte ohne Weiteres die Trennung, wogegen der defensor matrimonii die Reviſionsbeſchwerde einlegte.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das Urtheil der zweiten Inſtanz. Gründe: Die Anſicht des O. L. G., daß bei einer ſchon längere Zeit beſtehenden Abſonderung der wegen unüberwindlicher Abneigung die Ehetrennung begehrenden Gatten zur Bewilligung derſelben es nicht unter allen Umſtänden einer vorgängigen Scheidung von Tiſch und Bett bedarf, muß als richtig anerkannt werden, weil durch die vorgängige erfolgloſe Scheidung eben nur die Unüberwindlichkeit der gegenſeitigen Abneigung feſtgeſtellt werden ſoll, die in Fällen, wie der vorliegende, wo die Ehegatten ſeit 15 Jahren freiwillig von einander abgeſondert leben, ohne daß die Wiedervereinigung, die jederzeit ihnen freiſtand, denſelben in den Sinn kam, mit der nämlichen Sicherheit von ihnen zu erkennen gegeben wird, wie wenn ſie einige Zeit nach gerichtlicher Scheidung das Geſuch um Trennung der Ehe erneuern. Der Wortlaut des §. 115 a. b. G. B. ſteht dieſer Anſicht auch nicht entgegen, weil das Geſetz in dieſem Paragraph wohl nur mit Rückſicht auf den §. 93 ibid., wornach die Gatten die eheliche Verbindung nicht eigenmächtig aufheben ſollen, den Richter zum vorläufigen Verſuche der Scheidung anweiſt, etwas ſeit 15 Jahren Beſtehendes aber nicht erſt zu verſuchen iſt.

Nr. 4751.

Summariſches Verfahren: Lauf der Appellationsfriſt vom Zeitpunkt der Zuſtellung der Entſcheidungsgründe und der Zeugenverhörsabſchriften.

Entſch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11016 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Prag v. 26. Auguſt 1872, Nr. 26879). Spruchrepertorium Nr. 26. G. Z. 1872, Nr. 96. (Manz'ſche Sammlung I, S. 103.)

Nachdem das in der ſummariſch verhandelten Rechtsſache des Vorſtehers der israelitiſchen Cultusgemeinde von A gegen B pto. Räumung einer Wohnung und Zahlung der Miethe in erſter Inſtanz gefällte Urtheil beiden Theilen am 11. Juli 1872 zugeſtellt worden war, wurde dasſelbe am 16. Juli von dem ſachfällig gewordenen Beklagten mit der Bitte, es nach Vorſchrift des §. 41 des Geſetzes über den ſummariſchen Proceß mit der Abſchrift des im Rechtsſtreit aufgenommenen Zeugenverhöres zu verſehen und ihm wieder zuzuſtellen, dem Bezirksgerichte zurückgelegt, von letzterem die Ausfertigung der

begehrten Abschrift und die nochmalige Zustellung des Urtheils an den Beklagten verordnet und die Zustellung am 26. Juli bewirkt, worauf der Beklagte gegen das Urtheil am 1. August die Appellationsanmeldung und Beschwerde überreichte, welche das O. L. G., die achttägige Appellationsfrist vom Tage der ersten Urtheilszustellung an den Beklagten berechnend, als verspätet zurückwies.

In Erwägung, daß bei der am 11. Juli 1872 geschehenen Zustellung des Urtheils an den sachfälligen Beklagten die Vorschrift des §. 41 über das summarische Verfahren nicht vollständig beobachtet worden ist, da ihm nur das Urtheil nebst den Entscheidungsgründen und nicht auch eine Abschrift der Zeugenaussagen zugestellt wurde; daß der Beklagte diesen Mangel vor Ablauf der gesetzlichen Appellationsfrist mit Eingabe vom 16. Juli zur Kenntniß des B. G. gebracht und ausdrücklich um eine Abschrift der Zeugenaussagen zum Behufe der Verfassung der Appellation angesucht hat; daß erst mit der hierauf am 26. Juli erfolgten Zustellung der begehrten Abschrift und des Urtheils an den Beklagten die Zustellung, dem §. 41 des Gesetzes über das summarische Verfahren entsprechend, vollständig bewirkt worden ist, mithin die achttägige Appellationsfrist nach §. 44 ebendort erst von dem letzteren Tage an zu laufen hat und daß schon am 1. August, also innerhalb dieser Frist, die Appellationsbeschwerde des Beklagten überreicht wurde — hat der oberste Gerichtshof dem O. L. G. die meritorische Erledigung der Appellationsbeschwerde aufgetragen und zugleich die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Wurden mit dem in einem summarischen Civilproceß erflossenen Urtheil nicht gleichzeitig die Entscheidungsgründe oder im Falle als dies vorgeschrieben, die Abschrift der Zeugenaussagen nach §. 41 des Hofdcr. v. 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906, der Partei mitgetheilt und hat dieselbe innerhalb der Appellationsfrist die Ergänzung des Urtheils im obigen Sinne begehrt, so läuft die Frist zur Anmeldung der Appellation erst von der Zustellung des also ergänzten Urtheiles.

Nr. 4752.

Gesuch um Concurseröffnung: Unzulänglichkeit eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils.

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11065 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Reichenberg v. 20. August 1872, Nr. 4881 und des O. L. G. Prag v. 10. Sept. 1872, Nr. 28688). Jur. Bl. 1873, Nr. 2.

Das Gesuch des A um Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B wurde nach der gemäß §. 63 C. O. durchgeführten Verhandlung von dem Gerichte erster Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen. Nach §. 63 C. O. muß derjenige, der die Concurseröff-

nung begehrt, sein Forderungsrecht gegen den Schuldner durch eine vollen Glauben verdienende Urkunde nachweisen. Diesen Nachweis hat A nicht erbracht. Er begründete sein Begehren mit einem Wechsel, mit dem auf Grund desselben an B erlassenen Zahlungsbefehle und mit dem Auszuge seines Handelsbuches. Allein B hat die Richtigkeit des Wechsels und des Buchauszuges bestritten und den Zahlungsauftrag angefochten. Diese Urkunden können daher nach Analogie des §. 284 a. G. O. als vollen Glauben verdienende Behelfe nicht angesehen werden. Auch auf das den Zahlungsbefehl bestätigende erstgerichtliche Urtheil kann A sich nicht berufen, weil dasselbe, da es mittelst der Appellation angefochten wurde, noch nicht rechtskräftig ist, mithin den A nur berechtigt, die Sicherstellung seiner Forderung (§. 14 der Just.-Minist.-Verordn. v. 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52), nicht aber die Concurseröffnung gegen den Schuldner zu begehren. — Das O. L. G. bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz.

Der a. o. Revisionsrecurs wurde von dem obersten Gerichtshofe mit dem Bedeuten verworfen, daß in den gleichförmigen Entscheidungen der Untergerichte eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden könne.

Nr. 4753.

Unzulässigkeit der Pfandrechtspränotation auf Grund eines Handelsbuchsauszuges ohne Bescheinigung des Pfandrechtstitels.

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11121 (Best. des Decr. des B. G. Winterberg v. 16. April 1872, Nr. 1817, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 9. Juli 1872, Nr. 20696). Spruchrepertorium Nr. 25. G. Z. 1872, Nr. 95. G. H. 1873, S. 139. (Manz'sche Sammlung I, S. 102.)

Das nach Einführung des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, überreichte, mit dem notariell beglaubigten Buchauszuge versehene Gesuch der Firma A & Comp. um Pränotation des Pfandrechtes auf Häusern des B für eine Waarenkaufsschuld desselben von 217 fl. 98 kr. wurde in erster Instanz abgewiesen, vom O. L. G. hingegen bewilligt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen den erstgerichtlichen Bescheid: Nach §. 36 des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871 findet die Vormerkung zur Erwirkung des Pfandrechtes nur dann statt, wenn sowohl die Forderung, als auch der Rechtsgrund zum Pfandrechte hinlänglich bescheinigt sind. Dieser letzterwähnten gesetzlichen Anforderung sind die Pränotationswerber A & Comp. nicht nachgekommen, weil aus dem Buchauszuge, auf dessen Grund sie die Pränotation begehren, ein Titel zum Pfandrechte nicht zu entnehmen ist. Der §. 21 der Einführungsverordnung zum

Handelsgesetze vom 17. December 1862, auf welchen sich die Pränotationswerber berufen, kann hier nicht maßgebend sein; denn wenn aus dem Umstande, daß dieser Paragraph den Nachweis über den Rechtsgrund zum Pfandrechte nicht als ein Erforderniß zur Pränotationsfähigkeit der Auszüge aus den Handelsbüchern verlangt, gefolgert wird, daß ein solcher Nachweis nach jenem Gesetze hiezu nicht nothwendig war: so ist dies jedenfalls durch das spätere Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 derogirt worden, weil der Art. IV der Einführungsverordnung zu dem Grundbuchsgesetze vom 25. Juli 1871 die ausnahmslose Bestimmung enthält, daß mit dem Tage der Wirksamkeit dieses Gesetzes alle früheren Gesetze und Verordnungen, welche Gegenstände des gedachten Grundbuchsgesetzes betreffen, soweit sie durch dasselbe geregelt sind, außer Kraft treten.

Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Die Vormerkung des Pfandrechtes auf Grund von Handelsbuchauszügen kann — selbst wenn die Voraussetzung des §. 21 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. vom 17. December 1862 eintritt — nach §. 36 des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871 nur dann bewilligt werden, wenn auch der Rechtsgrund zum Pfandrecht bescheinigt ist.

Nr. 4754.

Einlösung des Executivprocesses auf Grund eines Bon.

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11167 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 5. August 1872, Nr. 96470 und des O. L. G. Wien v. 24. August 1872, Nr. 18885). Jur. Bl. 1873, Nr. 38.

Unter Vorlage des von B geschriebenen und unterschriebenen Bons des Inhalts: „Gut für Gulden sechs Hundert, welche ich an Herrn A am 19. Juni 1871 bezahle. Wien, den .... B", belangte A den Aussteller des Bons auf die Zahlung mit der Bitte um Einleitung des Executivprocesses.

Die gestellte Bitte wurde in allen drei Instanzen bewilligt, — von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung, daß der producirte Bon nach den §§. 113 und 114 a. G. O. und Art. 301 H. G. B. trotz der fehlenden Angabe der causa debendi als eine vollen Glauben verdienende Urkunde (§. 298 a. G. O. und Hofdcr. vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358) anzusehen ist.

Nr. 4755.

Concurs: Streit über die Rangordnung einer in eine Wechselforderung umgewandelten Steuerforderung: Competenz der Finanzbehörde auf Grund des §. 127 C. O.

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11168 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 12. Juli 1872, Nr. 84166 und des O. L. G. Wien v. 11. Sept. 1872, Nr. 16754). G. H. 1872, S. 470.

Von der Finanzprocuratur wurde in dem Concurse der Zuckerfabriksactiengesellschaft B die Summe von 28545 fl. als die seit zwei Jahren rückständige Verbrauchssteuer angemeldet und dafür die erste Classe der Concursgläubiger (§. 42, Nr. 4 der C. O.) in Anspruch genommen. Der Concursmasseverwalter bestritt die Richtigkeit der angemeldeten Forderung als Verbrauchssteuerforderung: nachdem das zur Einhebung der Steuer berufene Steueramt A sich von der mährischen Escomptebank für den angemeldeten Steuerrückstand die von der Finanzprocuratur vorgelegten, auf die Gesellschaft B gezogenen und von ihr acceptirten Wechsel ausstellen ließ und in Folge dessen der Gesellschaft mittelst Zahlungsbollete die Begleichung des Rückstandes bestätigte, sei die angemeldete Forderung als Steuerforderung erloschen, die an ihre Stelle getretene Wechselforderung aber in die III. Gläubigerclasse (§. 45 C. O.) zu versetzen. Dadurch sah sich die Finanzprocuratur veranlaßt, bei dem Concursgerichte das Gesuch zu stellen, daß dem Concursmassevertreter unter Festsetzung einer Frist aufgetragen werde, seine allfällige Beschwerde wegen der von der Finanzprocuratur angemeldeten Steuerforderung, deren Richtigkeit als solche er bestritt, bei der Finanz-Landesdirection anzubringen und bei dem Concursgerichte dieses Anbringen auszuweisen, widrigens die angemeldete Forderung als liquid und in die I. Gläubigerclasse gehörend anzusehen wäre. — Von beiden Untergerichten wurde dieses Gesuch abgewiesen, — in zweiter Instanz mit der Begründung, daß die angemeldete Forderung unbestrittenermaßen ihren Ursprung in einer Steuerforderung des Fiscus hat, daher in dieser Beziehung ein Ausspruch der Verwaltungsbehörde (§. 127 C. O.) unnöthig ist, die Entscheidung der Frage aber, ob sie nach der Ausstellung der Wechsel noch als Steuerforderung in die I. oder als Wechselforderung in die III. Gläubigerclasse zu setzen sei, nach §. 128 C. O. dem Concursgerichte und nicht der Verwaltungsbehörde zusteht.

In Erwägung, daß die Forderung von 28545 fl. als Steuer mit Anspruch der I. Classe angemeldet, jedoch nicht als solche, sondern als Wechselforderung liquidirt und derselben nur die III. Classe zugestanden worden ist; daß sonach gemäß §. 127 C. O. dem Concursmasseverwalter obliegt, wegen des von ihm bestrittenen Bestandes der Steuerforderung die Sache bei der competenten Verwaltungsbehörde zum Austrag zu bringen, widrigens das Recht zur Bestreitung

erloſchen iſt und die angemeldete Forderung als Steuerforderung zu gelten hat, — wurde von dem oberſten Gerichtshofe auf den Recurs der Finanzprocuratur dem Geſuche derſelben vollſtändig ſtattgegeben.

Nr. 4756.

Unvollſtändige Abſchwörung eines ſententionirten Haupteides.

Entſch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11175 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des B. G. Littai v. 26. Juli 1871, Nr. 2985 und des O. L. G. Graz vom 6. Juni 1872, Nr. 5288). Jur. Bl. 1873, Nr. 32.

Der von A wegen 320 fl. belangte B war zur Zahlung der Klageſumme für den Fall verurtheilt worden, wenn durch den Haupteid die Thatſache bewieſen würde, daß ihm das über die Abhandlung der Verlaſſenſchaft der M aufgenommene gerichtliche Protokoll vorgeleſen und von ihm mit dem Kreuzzeichen unterfertigt worden ſei. B trat den Haupteid an und ſchwur, daß er das Abhandlungsprotokoll mit dem Kreuzzeichen nicht unterfertigt habe. Nun begehrte A gegen ihn die Execution, weil B den Umſtand, daß ihm das Abhandlungsprotokoll vorgeleſen wurde, mit dem Eide nicht verneint, folglich den ſententionirten Haupteid nicht vollſtändig abgelegt habe.

Aus dieſem Grunde wurde die Execution in allen drei Inſtanzen bewilligt.

Nr. 4757.

Succeſſive Veräußerung eines Grundſtückes: Unzuläſſigkeit grundbücherlicher Anmerkung der Klage des erſten Käufers gegen den intabulirten ſpäteren Käufer.

Entſch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11202 (Beſt. des Decr. des B. G. Mödling v. 3. Juli 1872, Nr. 5498, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 13. Auguſt 1872, Nr. 15785). G. Z. 1873, Nr. 4.

C hat ſein Grundſtück im Jahre 1869 dem A verkauft und übergeben, und im Jahre 1872 dem B verkauft, der ſich intabuliren ließ. Nun belangte A den B und den C auf Löſchung der Intabulation des B und auf Einräumung des grundbücherlichen Beſitzes des Grundſtückes, weil beide Beklagte im Bewußtſein des voraufgegangenen Verkaufes an den Kläger, alſo unredlich gehandelt hätten, und begehrte unter Einem die grundbücherliche Anmerkung der Klage in der betreffenden Grundbuchseinlage, um für den Erfolg dieſes Rechtsſtreites geſichert zu ſein. — Dieſes Geſuch wurde von dem Gerichte erſter Inſtanz abgewieſen, weil gemäß §. 61 des Geſetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, die Streitanmerkung nur von Dem-

jenigen, welcher durch eine Einverleibung in seinem bücherlichen Rechte verletzt erscheint und dieselbe wegen Ungiltigkeit im Proceßwege bestreitet, verlangt, diese Bestimmung daher auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden kann, in welchem der Kläger vorerst sein persönliches Recht gegen den bücherlichen Eigenthümer und dessen Rechtsvorgänger austragen muß, so zwar, daß selbst die Löschung der angefochtenen Einverleibung nicht die Wiederherstellung seines in der That nie bestandenen Rechtes, sondern nur die Möglichkeit des unmittelbaren Ueberganges des Eigenthumsrechtes von dem Vorgänger des jetzigen bücherlichen Eigenthümers auf den Kläger zur Folge hätte. — Das O. L. G. bewilligte die Streitanmerkung, weil aus den §§. 66 und 70 des Grundbuchsgesetzes hervorgeht, daß die Streitanmerkung auch auf Begehren Desjenigen bewilligt werden könne, der sich nicht in dem bücherlichen Besitze des streitigen Objectes befindet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid in der Erwägung, daß, wie in der Begründung des erstrichterlichen Bescheides gezeigt wurde, die Voraussetzungen, unter welchen nach §. 61 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95, eine Streitanmerkung bewilligt werden könnte, im vorliegenden Falle nicht zutreffen, die §§. 66 und 70 obigen Gesetzes aber blos von den Fällen handeln, in welchen die Streitanmerkung in Bezug auf die Ungiltigkeit einer in Folge einer strafgesetzlich verbotenen Handlung erwirkten Einverleibung, oder in Betreff der verlangten Zuerkennung eines dinglichen Rechtes aus dem Grunde der Ersitzung zuläßig ist, und aus diesen gesetzlichen Bestimmungen eine ausdehnende Anwendung auf andere ganz verschiedene Fälle nicht abgeleitet werden kann.

Nr. 4758.

Haupteid: Bedeutung und Formulirung des Eides „meines Wissens und Erinnerns".

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11203 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 21. Juni 1872, Nr. 60942 und des O. L. G. Wien vom 2. August 1872, Nr. 16887). G. H. 1873, S. 102.

In dem Processe des A gegen B war die Frage entscheidend, ob der Beklagte B, wie er behauptete, dem A durch dessen Comptoiristen C einen Actieninterimsschein der Eisenbahngesellschaft . . . zurückgestellt habe. A leugnete das Factum und erklärte, daß ihm direct davon nichts bekannt sei; er führte aber die Umstände an, die seine Ueberzeugung darüber begründeten, daß die von B vorgeschützte Zurückstellung des Interimsscheines nicht geschehen ist. B deferirte ihm nun den rückschiebbaren Haupteid, welcher von dem Gerichte mit der Formel für den Delaten A: „Es sei seines Wissens und Erinnerns

nicht wahr, daß...", zugelaſſen wurde. A trat den Eid an und ſetzte in der Eidesantretungsſchrift zu ſeiner Beruhigung neuerdings die von ihm in dem Proceſſe vorgebrachten und erwahrten Umſtände auseinander, aus denen er die Ueberzeugung gewann, daß die von dem Gegner angeführte Reſtitution des Interimsſcheines nicht ſtattgefunden habe. Bei der zur Ablegung des Eides anberaumten Tagfahrt proteſtirte der Vertreter des B gegen die Abnahme desſelben, weil der Delat zu dem Eide über ein Factum, wovon ihm aus eigenem Wiſſen nichts bekannt iſt, über welches er blos auf Grund ſeiner Ueberzeugung ſchwören zu wollen erklärte, nicht zugelaſſen werden könne. — Von dem Proceßgerichte wurde dieſe Verwahrung zurückgewieſen und dem A freigeſtellt, um die Anordnung einer neuen Tagfahrt zur Ablegung des angetretenen Eides einzuſchreiten. — Das O. L. G. beſtätigte dieſe Verfügung, worauf B den a. o. Recurs ergriff.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: Nachdem B dem A über einen Umſtand, von dem der Letztere nach der Actenlage und wie er (A) ſelbſt ſagt, aus eigenem Wiſſen keine Kenntniß haben kann, nach §. 207 a. G. O. den Haupteid aufgetragen und der Richter denſelben zugelaſſen hat, kann dem A die Ablegung des Eides nicht verwehrt werden. Wenn A ſchwören müßte, „zu wiſſen und ſich zu erinnern, daß die Ausfolgung des Interimsſcheines an ſeinen Comptoriſten nicht geſchehen iſt", wäre er vor dem Deferenten in keiner Weiſe begünſtigt, während ihm doch nach dem Wortlaut und Sinne des §. 206 a. G. O. eine der Sachlage entſprechende Erleichterung bei der eidlichen Verneinung der ihm fremden Handlung zu Theil werden ſoll und mit dem gerichtlichen Urtheile, welches eben auf der in den Acten gegründeten Vorausſetzung beruht, daß A von jener Thatſache aus eigenem Wiſſen keine Kenntniß habe, demſelben nicht auferlegt ſein kann, zu ſchwören, daß er wiſſe oder ſich erinnere, daß die Ausfolgung nicht geſchehen ſei, ſondern ſeinem Gewiſſen überlaſſen wurde, ob er die von B angeführte Thatſache ſeines Wiſſens und Erinnerns eidlich widerſprechen könne.

Nr. 4759.

Executivproceß: Urkundlicher Nachweis durch das Amtsblatt der „Wiener Zeitung"?

Entſch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11235 (Beſt. des das Decr. des B. G. Joſefſtadt in Wien v. 29. Juli 1872, Nr. 7643, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Sept. 1872, Nr. 17129). Jur. Bl. 1872, Nr. 43.

A belangte den B auf Einlöſung einer von Letzterem ausgeſtellten, verloſten Partialobligation per 525 fl. mit der Vorlage der Obligation und des die Ziehungsliſte enthaltenden Amtsblattes der „Wiener Zeitung". Auf Grund dieſer Belege wurde in erſter Inſtanz

nach dem Begehren des Klägers gemäß §. 298 a. G. O. und Hofdecretes vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, der Executivproceß eingeleitet. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Verbescheidung der Klage nach §. 16 a. G. O., weil das producirte Blatt der „Wiener Zeitung" nicht mit jenen Förmlichkeiten versehen ist, deren eine Urkunde, um vollen Glaubens würdig zu sein, bedarf.

Mit Bezugnahme auf diese Motivirung bestätigte der oberste Gerichtshof die Verordnung des O. L. G.

Nr. 4760.

Besitzstörung durch gerichtliche Einweisung in den Besitz.

Entsch. v. 29. Oct. 1872, Nr. 11243 (Best. des Decr. des B. G. Trau vom 2. März 1872, Nr. 175, Abänd. des Decr. des O. L. G. Zara v. 16. August 1872, Nr. 3578). Spruchrepertorium Nr. 24. G. Z. 1872, Nr. 95. Gazz. dei Trib. 1873, Nr. 5. (Manz'sche Sammlung I, S. 101.)

Nach dem Vollzuge der dritten executiven Versteigerung von Liegenschaften in Dalmatien, welche von B, Gläubiger des C in Execution gezogen und von B erstanden wurden, bewilligte das Gericht auf Ansuchen des Letzteren dessen Einführung in den wirklichen Besitz der Grundstücke und trug die Immission dem Gerichtsdiener auf, welcher sie vollzog. Innerhalb der nächsten 30 Tage trat nun die A gegen B und den Gerichtsdiener in possessorio summariissimo mit einer Klage auf, worin sie anführte, seit Jahren im ruhigen Besitze eines der besagten Grundstücke gewesen zu sein, die Immission des B durch den Gerichtsdiener Beiden als Besitzstörung zur Last legte und um das Erkenntniß bat, daß die Beklagten dadurch ihren ruhigen Besitz gestört haben. In der Verhandlung wurde die Thatsache des Besitzes der Klägerin mittelst Zeugen festgestellt und der Gerichtsdiener von der Klägerin außer Streit gesetzt. — Das O. L. G. hat das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren abgewiesen und seine Entscheidung damit begründet, daß die Immission nicht durch Eigenmacht der beklagten Partei, noch auf ihre eigene Faust, sondern in Folge richterlicher Anordnung stattfand, die hinwieder auf vorausgegangene gerichtsordnungsmäßige Executionsacte gegründet war, weshalb die Immission nicht als Störung des Besitzes der Klägerin behandelt werden durfte, welcher das Gesetz andere Rechtsmittel zum Schutz ihres Besitzes vorbehält.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung in der Erwägung, daß die Immission dem beklagten B gegen seinen Executen und in der Voraussetzung, daß die Letztere das Grundstück in der That besitzt, bewilligt wurde, mithin dem Executen, niemals aber einer dritten Person, der Klägerin, gegenüber wirksam sein konnte, welche den voraufgegangenen Executionshandlungen fremd geblieben

iſt und, ohne vom Beklagten des Gegentheiles überwieſen zu werden, jede Wiſſenſchaft davon geleugnet hat, mithin das volle Recht hatte, vom Richter zum Schutze ihres bisherigen ruhigen Beſitzes die Erlaſſung des Interdictes in possessorio summariissimo zu begehren.

Zugleich wurde die Eintragung des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Auch die vom Richter bewilligte Einführung in den Beſitz einer Sache berechtigt den von der Beſitzeinweiſung nicht berührten Dritten, welcher durch den Vollzug derſelben in ſeinem bisherigen ruhigen Beſitz beeinträchtigt worden iſt, dagegen in possessorio summariissimo aufzutreten.

Nr. 4761.

Engagement eines Schauſpielers: Vertragsbruch durch eigenmächtige zeitweilige Entfernung.

Entſch. v. 30. Oct. 1872, Nr. 8901 (Beſt. des das Urth. des B. G. Salzburg v. 26. Juni 1872, Nr. 2501, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 9. Auguſt 1872, Nr. 9615). Jur. Bl. 1872, Nr. 38.

Der Klage des Theaterunternehmers A gegen die Schauſpielerin B auf Zahlung einer Conventionalſtrafe von 250 fl. wurde in dritter Inſtanz aus folgenden Gründen ſtattgegeben: Die durch ſchriftlichen Vertrag für das Salzburger Theater auf die Zeit vom 16. September 1871 bis Palmſonntag 1872 von dem Kläger engagirte B reiſte, zugegebenermaßen, am 26. December 1871 ohne Erlaubniß des A nach Wien, wo ſie bis Neujahr verblieb. Ihre Entfernung war eine eigenmächtige, da ſie durch ihr Engagement verpflichtet war, von A die Erlaubniß zur Reiſe einzuholen. In dem §. 9 des Vertrages unterwarf ſich die B der Conventionalſtrafe von 250 fl. für den Fall, daß ſie den Contract bricht, oder das Engagement nicht rechtzeitig antritt oder vor der Zeit verläßt. Die eigenmächtige Entfernung der B muß als Vertragsbruch angeſehen werden, weil ſie durchaus eigenwillig und abſichtlich die Erfüllung des Vertrages während ihres Aufenthaltes in einem entfernten Orte ſich unmöglich gemacht hat. Es liegt in der Natur des eingegangenen Vertrages und erhellt insbeſondere aus dem §. 2 desſelben, daß die B verpflichtet war, die ihr zugewieſenen Rollen anzunehmen, mithin auch ſich jederzeit bereit zu halten, die Weiſungen des A entgegen zu nehmen und ihnen nachzukommen. Die Entfernung eines einzigen Bühnenmitgliedes kann die bereits in Ausſicht genommenen Vorſtellungen vereiteln oder doch erſchweren, und auch die Möglichkeit dieſer — nach der Anführung des A zum Theile wirklich eingetretenen — Folge rechtfertigt die Anſicht, daß die B durch die eigenmächtige Reiſe nach Wien und den mehrtägigen Aufenthalt in Wien den Vertrag gebrochen habe. Ihre

Entfernung war aber auch ein Verlaſſen des Engagements im Sinne des §. 9 des Vertrages, da in demſelben nicht unterſchieden wird, ob das Engagement nur auf einige Zeit oder für immer verlaſſen wird, übrigens aus dem Proceſſe ſich nicht ergibt und von der B gar nicht behauptet wurde, daß ſie nach ihrer Rückkehr dem A ſich zur Verfügung geſtellt habe. Auch iſt zu erwägen, daß die nachtheilige Folge des verſpäteten Antrittes des Engagements, auf welchen Fall auch ſchon die Conventionalſtrafe geſetzt war, für den Theaterunternehmer auch dann eintreten kann, wenn ein Bühnenmitglied, nachdem es das Engagement rechtzeitig angetreten hat, ſich entfernt und durch ſeine Abweſenheit ſeine Verwendung ſelbſt nur auf einige Tage unmöglich macht.

Nr. 4762.

Begründung des forum contractus durch die Natur eines Commiſſionsgeſchäftes.

Entſch. v. 30. Oct. 1872, Nr. 10023 (Beſt. des Urth. des H. G. Wien v. 7. Juli 1871, Nr. 60491, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 17. Nov. 1872, Nr. 20373). G. H. 1872, S. 453.

A in Wien, Commiſſionär des B, Handelsmannes in Halle an der Saale, belangte denſelben bei dem H. G. zu Wien als forum contractus, in Folge der für B beſorgten Commiſſionen (Börſengeſchäfte), auf Zahlung von 2276 fl. Zur Begründung der Competenz des angerufenen Gerichtes, welche von B beſtritten wurde, producirte A ſechs Briefe des Beklagten, aus denen hervorging, daß derſelbe dem A die durch die Beſorgung der Commiſſionen erforderlich gewordenen Deckungen nach Wien geſendet hat, einen Brief, worin B dem A mit Bezugnahme auf ihre Geſchäftsverbindung anzeigt, daß er ihm nächſter Tage 1000 fl. einſenden werde, und ein Schreiben, in welchem C, Bevollmächtigter des B, dem A mittheilt, daß er beauftragt ſei, ihm den Betrag einer Rechnungsdifferenz einzuſenden.

In Uebereinſtimmung mit der erſten Inſtanz hat der oberſte Gerichtshof die von dem O. L. G. zugelaſſene Incompetenzeinrede des B abgewieſen. Gründe: Es handelt ſich um die Frage: ob in den zuletzt erwähnten zwei Briefen die ausdrückliche Verpflichtung des B, die Forderung des A in Wien zu zahlen, enthalten ſei. Dieſe Frage iſt zu bejahen, wenn zur Auffindung des eigentlichen Sinnes der gedachten Erklärungen, nach Vorſchrift der Art. 278 und 279 H. G. B., auf die Natur des in Rede ſtehenden Geſchäftes und auf die Abſicht des Erklärenden zurückgeſehen wird. Die Natur des Geſchäftsverhältniſſes, das zwiſchen A und B beſtanden hat, brachte es mit ſich, daß dem A, der für B Geldzahlungen in Wien zu leiſten hatte, die erforderlichen Deckungen nach Wien geſendet werden. Die

(mit den Anfangs erwähnten 6 Briefen) zu diesem Zwecke gemachten Geldsendungen lassen ersehen, daß B auch die Absicht hatte, diesem in der Natur des Geschäftes liegenden Erfordernisse in Erfüllung seiner Vertragspflichten nachzukommen. Die brieflichen Erklärungen des B und seines Bevollmächtigten C, die Deckungen nach Wien senden zu wollen, können demgemäß nur in dem Sinne ausgelegt werden, daß B sich anheischig machte, die dem A aus den Commissionsgeschäften etwa noch gebührenden Zahlungen in Wien zu leisten. Daraus, daß der Art. 325 H. G. B. als Regel festsetzt, daß Geldzahlungen dem Gläubiger an den Ort seiner Handelsniederlassung oder an seinen Wohnort zu übersenden sind, kann noch nicht gefolgert werden, daß B in diesen Briefen nur ankündigen wollte, was schon der citirte Artikel 325 H. G. B. verordnet. Denn abgesehen davon, daß er in seinen brieflichen Erklärungen auf den Art. 325 H. G. B. keinen Bezug nimmt, wären dieselben, wenn sie keine andere Bedeutung haben sollten, ganz überflüssig gewesen; wohl aber mußte dem A daran gelegen sein, zu wissen, ob B sich anheischig machen wollte, die erforderlichen Gelder ihm in Wien zu verschaffen, wie dies in der Natur des Geschäftes lag.

Nr. 4763.

Mandatsproceß: Erforderniß der Beibringung der verbücherten Urkunde im Original.

Entsch. v. 5. Nov. 1872, Nr. 11371 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 17. August 1872, Nr. 22146, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 10. Sept. 1872, Nr. 28772). G. H. 1873, S. 23.

Die Klage des A gegen B auf Zahlung einer Jahresrente, die B im Vertrage v. 11. Dec. 1849 dem A versprochen und auf seinen Häusern ihm versichert hatte, war mit einer grundbuchsamtlichen Abschrift der Vertragsurkunde und mit dem die Intabulation des Pfandrechtes nachweisenden Grundbuchsauszuge instruirt und enthielt die Bitte um Erlassung des Zahlungsbefehles, welcher in erster Instanz stattgegeben wurde. — Das O. L. G. beseitigte den Zahlungsbefehl.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil gegen die ausdrückliche Vorschrift des §. 1 der Minist.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die das Forderungsrecht des A begründende Urkunde des Vertrages v. 11. December 1849 nicht in der Urschrift beigebracht wurde und der Mangel dieses gesetzlichen Erfordernisses durch den producirten Grundbuchsextract, der nur die Intabulation des Vertrages beweist, nicht ersetzt werden kann.

Nr. 4764.

Verjährungsfrist für den Anspruch des auf den Pflichttheil gesetzten Notherben auf Capital und Zinsen.

Entsch. v. 6. Nov. 1872, Nr. 10423 (Best. des das Urth. des B. G. Capodistria v. 6. Oct. 1871, Nr. 4436, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 19. April 1872, Nr. 1820). Gazz. dei Trib. 1873, Nr. 4.

Im siebenten Jahre nach der Abhandlung der Verlassenschaft des M belangte seine in dem Testamente auf den Pflichttheil beschränkte Tochter A ihre Geschwister und Miterben 1. auf Herausgabe von $^1/_{22}$ des Nachlasses als Pflichttheil oder Zahlung des dieser Quote nach der Verlassenschaftsberichtigung entsprechenden Geldbetrages von 304 fl. 90 kr.; 2. auf Ablegung der Rechnung über die seit dem Tode des M (1858) bezogenen Früchte des Nachlasses und Herausgabe von $^1/_{22}$ derselben oder Zahlung der gesetzlichen Zinsen von obigen 304 fl. 90 kr. Mit Berufung auf den §. 1487 a. b. G. B. wendeten die Beklagten die bereits vollendete Triennalverjährung ein. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde dieser Einwendung stattgegeben und die Klägerin abgewiesen. — Das O. L. G. hat ad 1 nach dem Klagebegehren erkannt und ad 2 der Klägerin den Fruchtantheil, respective die Interessen von den 304 fl. 90 kr. für die letzten drei Jahre, von der Klage zurückgerechnet, zugesprochen, — aus folgenden Gründen: Ad 1. In dem §. 1487 a. b. G. B. ist ist der ungerecht enterbte oder ganz oder zum Theile übergangene, nicht auch der im Testamente mit dem vollen Pflichttheile bedachte Notherbe gemeint, und nur auf den ersteren bezieht sich die dort statuirte kürzere Verjährungsfrist. Das auf Grund des Testamentes geltend gemachte Pflichttheilsrecht der A unterliegt daher nicht dieser, sondern der allgemeinen, dreißigjährigen Verjährung. Ad 2. Das Recht des Notherben auf die Früchte, beziehungsweise Zinsen des Pflichttheiles aber unterliegt der — von dem Beklagten gleichfalls eingewendeten — Triennalverjährung des §. 1480 a. b. G. B.

Der oberste Gerichtshof bestätigte mit Bezugnahme auf die vorstehende Motivirung das Urtheil der zweiten Instanz.

Nr. 4765.

Berufene Erben als Zeugen in dem gegen den Erblasser eingeleiteten und gegen den ruhenden Nachlaß fortgesetzten Proceß.

Entsch. v. 6. Nov. 1872, Nr. 11283 (Best. des Urth. des K. G. Rzeszow v. 10. Oct. 1868, Nr. 4679, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 11. Mai 1870, Nr. 17942). G. H. 1873, S. 87.

A belangte den B auf Zahlung von 472 fl. Der Beklagte starb nach der Klage; A setzte den Proceß gegen dessen ruhende Ver-

laſſenſchaft fort und trug darüber, daß der Verſtorbene ihm die Zahlung der Klageforderung nebſt Zinſen verſprochen habe, den Beweis durch C und D als Zeugen an, welche teſtamentariſch als Erben des B berufen, dem Proceſſe auf beklagter Seite beigetreten ſind — und deshalb von dem O. L. G. von der Zeugenſchaft ausgeſchloſſen wurden, nachdem das Gericht erſter Inſtanz die Beweisführung durch dieſe Zeugen zugelaſſen hatte.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil und bemerkte gegen die obergerichtliche Motivirung, daß die Ausſchließung der Zeugenſchaft des C und D durch ihren Beitritt zum Proceſſe als Teſtamentserben des B nicht gerechtfertigt ſei, weil die Klage gegen B gerichtet, die genannten Zeugen daher nicht Streittheile waren und der Umſtand, daß B nach angebrachter Klage ſtarb, den C und D in dem Teſtamente als Erben berufen hat, und daß ſie in dieſer Eigenſchaft dem Streite beitraten, den Kläger in ſeiner Beweisführung nicht beſchränken kann.

Nr. 4766.

Beginn der Mora bei einer Vermächtniß-Geldſchuld: mora ex lege.

Entſch. v. 7. Nov. 1872, Nr. 9895 (Beſt. des Urth. des B. G. Tabor vom 11. Mai 1872, Nr. 3734, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 23. Juli 1872, Nr. 21707) Zeitſchr. f. d. Notariat 1873, Nr. 21.

Der Legatar A belangte den Univerſalerben B, der ihm das von dem Teſtator ausgeſetzte Geldvermächtniß von 1000 fl. bereits entrichtet hatte, nachträglich auf Zahlung der Morazinſen ſeit der Zeit der Zahlbarkeit des Legates (§. 685 a. b. G. B.: ein Jahr nach dem Todestag des Erblaſſers). Der Beklagte machte die Einwendung, daß der Kläger in der geſetzlichen Friſt die Zahlung des Vermächtniſſes nicht gefordert hat. — Das Gericht erſter Inſtanz erkannte nach dem Klagebegehren, das O. L. G. — mit Berückſichtigung der vorgebrachten Einwendung — gegen dasſelbe.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte das erſtgerichtliche Urtheil. Gründe: Nach dem §. 685 a. b. G. B. können Vermächtniſſe in der Regel nach Einem Jahre vom Todestage des Erblaſſers gefordert werden und dieſem Rechte des Legatars entſpricht die Pflicht des Erben zur Zahlung nach der Jahresfriſt. Da nun der Beklagte innerhalb dieſer Verfallsfriſt ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, ſo muß er, gleichviel, ob der Legatar ihn darum gemahnt hat oder nicht, nach den §§. 1333 und 1334 a. b. G. B. die Verzugszinſen zahlen, weil da, wo die Verfallszeit durch Geſetz oder Vertrag beſtimmt iſt, es einer beſonderen Mahnung an den Verpflichteten nicht bedarf und der Beklagte zudem nicht in Abrede ſtellte, daß er ſeine Verpflichtung in Betreff des Legates des Klägers gekannt hat.

Nr. 4767.

Ueberweisung einer Hypothekarforderung als Zahlungsmittel: Berechtigung, resp. Verpflichtung des Hypothekarschuldners zur gerichtlichen Deposition bis zur Ausstellung einer intabulationsfähigen Quittung.

Entsch. v. 7. Nov. 1872, Nr. 10843 (Abänd. der Urth. des B. G. Podersam v. 4. Mai 1872, Nr. 1746 und des O. L. G. Prag v. 23. Juli 1872, Nr. 20923). G. H. 1873, S. 55.

C hat seinen Gläubiger A zur Zahlung auf die Forderung von 150 fl. angewiesen, die er für ein den Eheleuten B verkauftes Grundstück als Kaufschillingsrest auf dem Grundstücke ausstehend hatte. A belangte nun die Eheleute B auf die Zahlung der 150 fl., indem er das obige Factum und weiters anführte, daß die Beklagten ihm gegenüber die Schuld anerkannt und er ihre Bitte, ihnen die 150 fl. gegen baldige Zurückstellung noch zu belassen, respective vorzustrecken, gewährt habe. Von den Beklagten wurde dieser Sachverhalt zugegeben, allein eingewendet, daß der Kläger über die Zahlung, zu der sie bereit seien, ihnen eine intabulationsfähige Quittung auszustellen hätte, jedoch nicht ausstellen könne, weil nach erfolgter Anweisung ein anderer Gläubiger des C zur Sicherstellung seiner Forderung die grundbücherliche Einverleibung des Pfandrechtes an der in Rede stehenden Satzpost von 150 fl. erwirkt hat. — In Folge dieser Einwendung hat das Gericht erster Instanz den Kläger für dermalen abgewiesen. — Von dem O. L. G. wurden die Beklagten zur Zahlung unbedingt verurtheilt, aus folgenden Gründen: Wenn der Assignant seinem Schuldner die Zahlung nur in dem Maße, in welchem er selbst sie zu leisten hat, aufträgt, so gilt dem Asignatar die Assignation als Abtretung und tritt zwischen ihm und dem Assignaten dasselbe Verhältniß ein, wie zwischen dem Uebernehmer einer Forderung und dem übernommenen Schuldner, dem der Uebernehmer angezeigt worden ist (§. 1408 a. b. G. B.). Als Cessus muß der Assignat, wenn er die Forderung gegen den Cessionär für richtig erkannt hat, denselben als seinen Gläubiger befriedigen (§. 1396 a. b. G. B.) und kann die Einwendungen, die ihm gegen den früheren Gläubiger zustanden, dem Cessionär nicht mehr entgegensetzen. Die Beklagten haben zugegeben, daß sie nach der zu Stande gekommenen Assignation den dem Kläger angewiesenen Betrag sich von ihm gegen Verzinsung und baldige Zahlung vorstrecken ließen, und haben nicht behauptet, daß er die Forderung als intabulirten Kaufpreis übernahm. Hiemit ist aber auch eine Novation insoferne eingetreten, als die 150 fl. als ein von A den Beklagten gegebenes Darlehen anzusehen waren (§§. 1376 und 1377 ibid.), und ist daher das Pfandrecht des C auf den Kläger A nicht übergegangen (§. 1378 ibid.). Es kann daher die Thatsache, daß auf den einverleibten Kaufschillingsrest, nachdem C nicht mehr Gläubiger war,

eine Superintabulation erwirkt worden ist, gegen den Kläger nicht eingewendet werden, wenn er den bei den Beklagten als Darleiher ausstehenden Betrag einfordert.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte die Beklagten zum gerichtlichen Erlag der 150 fl. Gründe: Es fragt sich um das Eine: ob die Beklagten zur Zahlung der auf ihrem Grundstücke sicher gestellten Forderung des Klägers verpflichtet sind, ohne daß ihnen derselbe eine intabulationsfähige Quittung ausstellt. Nach §. 1426 a. b. G. B. ist der Zahler berechtigt, von dem Befriedigten eine Quittung zu verlangen, und wenn es eine Hypothek betrifft, muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand versetzen, die Löschung aus den Hypothekenbüchern (§. 1369 ibid.) bewirken zu können. A ist daher verpflichtet, die Beklagten, deren Realität trotz der Zahlung noch immer verhaftet bliebe, in die Lage zu bringen, die Löschung des Pfandrechtes zu erwirken. Es kann daher weder A mit dem Begehren abgewiesen, noch das beklagte Ehepaar zu der unmittelbar dem A zu leistenden Zahlung verurtheilt, sondern es mußte den Beklagten die gerichtliche Depositon aufgetragen werden (§§. 455 und 1425 a. b. G. B.).

Nr. 4768.

Convalidation einer ohne den vormals erforderlichen politischen Consens vorgenommenen Grundstücksparcellirung.

Entsch. v. 7. Nov. 1872, Nr. 11446 (Best. des das Urth. des B. G. Krakau v. 2. Dec. 1871, Nr. 16575, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau vom 17. Mai 1872, Nr. 5124). G. Z. 1873, Nr. 40.

Im Jahre 1832 hatte C von seiner im Krakauer Gebiete gelegenen Wirthschaft dem B ein Grundstück ohne den damals vermöge des Unterthansverbandes erforderlichen Trennungsconsens der Verwaltungsbehörde abgetreten. Im Jahre 1865 veräußerte C seine Wirthschaft an den A, welcher, nachdem in Galizien und Krakau durch das Gesetz vom 1. November 1868, L. G. Bl. Nr. 25, die aus der Zeit des Unterthansverbandes herrührenden Beschränkungen des freien Verkehrs mit Grund und Boden, der Theilbarkeit von Landwirthschaften u. s. w. bereits aufgehoben waren, — den B auf die Herausgabe des mit dem Vertrage vom Jahre 1832, unter der Herrschaft der früheren Gesetze, abgetretenen Grundstückes belangte.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz hat der oberste Gerichtshof den Kläger abgewiesen, weil der Vertrag vom Jahre 1832, auf Grund dessen B in den Besitz des vindicirten Grundstückes gekommen ist, seit der Aufhebung des Theilungsverbotes, als keinem Gesetze mehr widerstreitend, in volle Geltung trat.

Nr. 4769.

Besitzstörungsklage wegen Einfriedung der einer Eisenbahngesellschaft gehörenden Straße: Competenz der Administrativbehörde.

Entsch. v. 9. Nov. 1872, Nr. 11927 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hietzing v. 11. Juni 1872, Nr. 6504 und des O. L. G. Wien v. 8. Juli 1872, Nr. 12668). Jur. Bl. 1873, Nr. 10.

Die Südbahngesellschaft beabsichtigte eine ihr gehörende Straße, nie zum Frachtenmagazin der Bahnstation X führt, zum Bahnhofe einzufrieden, und ließ deshalb längs der Straße Löcher in der Erde ausgraben, um die Einfriedungspfähle zu schlagen. Dagegen trat A mit der Besitzstörungsklage auf, in welcher er anführte, daß er in dem Besitze des Rechtes sei, über die erwähnte Straße zu seinen jenseits gelegenen Grundstücken zu fahren, zu denen er aber gar nicht kommen könne, wenn die Straße eingefriedet wird, welche ihm die einzige Zufahrt zu denselben gewähre. — Beide Untergerichte erkannten nach dem Klagebegehren, ohne die Einsprache der Beklagten gegen die Zuständigkeit der Gerichte zu berücksichtigen.

Auf den Recurs der Beklagten hat der oberste Gerichtshof nach vorgängiger Rücksprache mit dem Handelsministerium, in Erwägung, daß die Entscheidung der Frage, ob die der Bahngesellschaft gehörige, die Zufahrt zu ihrem Frachtenmagazine bildende Straße zum Bahnhofe eingefriedet werden soll, wodurch eben dem Kläger die bisherige Zufahrt zu seinen Grundstücken verschlossen würde, der Administrativbehörde zusteht, da die Einfriedung mit Rücksicht auf den Bahnbetrieb nothwendig sein kann, — die untergerichtlichen Entscheidungen aufgehoben und den Kläger an die Verwaltungsbehörde gewiesen.

Nr. 4770.

Verpflichtung des leistungsfähigen unehelichen Vaters zum Rückersatz der Alimentationskosten an die Mutter des Kindes.

Entsch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 9168 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Fürstenfeld v. 4. Februar 1872, Nr. 364 und des O. L. G. Graz v. 6. Juni 1872, Nr. 5659). Spruchrepertorium Nr. 29. G. Z. 1872, Nr. 98. (Manz'sche Sammlung I, S. 105.

In dem Proceß des Anton A, Vormund, und der Marie A, Mutter des unehelichen Kindes Josefa A gegen B, 1. wegen Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung von 2 fl. monatlich zur Alimentation des Kindes und 2. wegen des von der Mutter im eigenen Namen begehrten Ersatzes der von ihr in den letzten drei Jahren bis zum Klagetage bestrittenen Kosten des Unterhaltes des Kindes nach

demſelben Maßſtab wurde von beiden Untergerichten die Klagebitte im erſten Punkte zugelaſſen und im zweiten Punkte abgewieſen.

Auf die Reviſionsbeſchwerde der Marie A wurde vom oberſten Gerichtshofe dem Begehren ad 2 ſtattgegeben und der Beklagte zur Leiſtung des angeſprochenen Erſatzes unter der Bedingung des von der A mittelſt Haupteid erbrachten Beweiſes der von ihr beſtrittenen Unterhaltungskoſten verurtheilt. Gründe: Gegenſtand der oberſtrichterlichen Entſcheidung iſt das von der Mitklägerin Marie A geſtellte Begehren auf Erſatz der von ihr in den drei letzten Jahren vor dem Klagezuſtellungstage für die Verpflegung ihrer unehelichen Tochter Joſefa A aufgewendeten Koſten, welcher Anſpruch von beiden Untergerichten gänzlich und unbedingt abgewieſen wurde. — Nach §. 167 a. b. G. B. iſt der uneheliche Vater zur Verpflegung des unehelichen Kindes vorzüglich, d. i. in erſter Linie verpflichtet, weil die im citirten Paragraph der unehelichen Mutter zur Verpflegung des Kindes auferlegte Pflicht nur dann eintritt, wenn der Vater nicht im Stande iſt, die Verpflegung zu leiſten. Iſt er dieſer ſeiner geſetzlichen Pflicht nicht nachgekommen und hat an ſeiner Statt ein Dritter ſtatt des unehelichen Vaters den dazu nothwendigen Aufwand gemacht, ſo iſt dieſer Dritte nach Anordnung des §. 1042 a. b. G. B. berechtigt, den Erſatz dieſer Koſten von dem unehelichen Vater des Kindes zu begehren; und wenn die uneheliche Mutter des Kindes dieſe Verpflegungskoſten für die Erhaltung und Erziehung des Kindes angewendet hat, ſo gebührt auch ihr auf Grund des bezogenen §. 1042 der Erſatz derſelben, es wäre denn, daß der uneheliche Vater zur Zeit, als dieſe Verpflegung von Seite der unehelichen Mutter beſtritten worden iſt, nicht im Stande geweſen wäre, dieſelbe zu leiſten, weil nur unter dieſer Vorausſetzung die Verpflichtung der unehelichen Mutter zur Verpflegung des Kindes eintritt, und die nach §. 1042 a. b. G. B. dem Vater obliegende Erſatzpflicht erliſcht. Mit Beziehung auf dieſe aus den §§. 167 u. 1042 a. b. G. B. ſich ergebenden Rechtsgrundſätze muß daher die Entſcheidung der Untergerichte, inſoferne ſie das Begehren der Mitklägerin Marie A auf Erſatz der Verpflegskoſten für die letzten drei Jahre vor dem Tage der Klagezuſtellung gänzlich und unbedingt abgewieſen haben, als geſetzwidrig erklärt werden, weil der Beklagte den Beweis, daß er in dieſen drei Jahren nicht im Stande geweſen ſei, die Verpflegung des unehelichen Kindes Joſefa A zu leiſten, gar nicht angeboten, um ſo weniger erbracht, und nur widerſprochen hat, daß die Koſten der Verpflegung dieſes Kindes in den drei Jahren, um welche es ſich gegenwärtig handelt, von der Klägerin Marie A getragen worden ſeien. Da aber dieſe letztere in der Replik zum Beweiſe des Umſtandes, daß ſie die Auslagen für die Verpflegung des Kindes bis in die Gegenwart getragen habe, den Beweis durch den dem Kläger darüber rückſchiebbar aufgetragenen negativen Haupteid angeboten hat; da, wenn ihr dieſer Beweis gelingt, ihr nach §§. 167

und 1042 a. b. G. B. der Erſatz jener Koſten, den ſie in der Klage beanſprucht, gebühren wird; und da der gegen den angeſprochenen Betrag von monatlich 2 fl. vom Beklagten anfänglich erhobene Widerſpruch ſpäterhin aufgegeben wurde, indem derſelbe ſich dem Ausſpruche der beiden Untergerichte, welche denſelben Monatsbetrag für die dem Beklagten pro futuro auferlegten Verpflegungsleiſtungen feſtgeſetzt haben, gefügt hat: ſo mußte der Zuſpruch des von der Mitklägerin Marie A begehrten Erſatzes der Verpflegungskoſten von dem Ausgange jenes Haupteides abhängig gemacht werden.

Zugleich wurde die Eintragung des nachſtehenden Rechtsſatzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Der uneheliche Vater iſt nach den combinirten Anordnungen der §§. 167 und 1042 a. b. G. B. verpflichtet, auch der unehelichen Mutter die von ihr für die Verpflegung des unehelichen Kindes beſtrittenen Koſten auf ihr Begehren zu erſetzen, falls er nicht beweiſet, daß er während des Zeitraumes, für welchen dieſer Erſatz von der unehelichen Mutter angeſprochen wird, außer Stande geweſen ſei, dieſe Verpflegung zu leiſten.

Nr. 4771.

Rechtfertigung einer auf Grund des §. 822 a. b. G. B. erwirkten Pränotation.

Entſch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 10857 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Lemberg v. 3. Sept. 1870, Nr. 37237 und des O. L. G. Lemberg v. 30. Jänner 1872, Nr. 34113). G. Z. 1873, Nr. 6.

Dem D war für eine Forderung gegen C von 700 fl. nach §. 822 a. b. G. B. die Pränotation auf der zum Nachlaſſe der M gehörenden Realität X bewilligt worden, die ihrem Univerſalerben angefallen war, an deſſen Stelle C als Erbſchaftskäufer getreten iſt. Im Jahre 1862 wurde die Erbſchaft dem C eingeantwortet, der ſodann die genannte Realität grundbücherlich dem B veräußerte. Die Forderung und das aus der Pränotation erwachſene Pfandrecht des D übergingen durch Ceſſion auf den A. Auf Anſuchen des B erließ nun das L. G. in Lemberg an den A am 1. Mai 1869 den Auftrag zum Nachweiſe der erfolgten Rechtfertigung der erwähnten Pränotation bei ſonſtiger Löſchung derſelben. Dieſer Auftrag erwuchs in Rechtskraft und A überreichte bei dem L. G. ein Geſuch, worin er mit Hinweiſung auf die im Jahre 1862 vollzogene Einantwortung der Erbſchaft der M die erfolgte Rechtfertigung der Pränotation behauptete. Dieſes Geſuch wurde mit Beſcheid vom 3. Juli 1869 dem B mitgetheilt und dem A bedeutet, daß der Ausſpruch, ob die Vormerkung gerechtfertigt ſei, auf den Rechtsweg gehöre. Nun begehrte B die Löſchung der nicht gerechtfertigten Pränotation. — Das L. G. bewilligte das Geſuch aus folgenden Gründen: Nach dem Wortlaute

des §. 822 a. b. G. B. ist die mit der Clausel dieses Paragraphen erwirkte Pränotation erst von der Zeit der erlangten Einantwortung wirksam, hiedurch wird aber der Pränotationswerber von der ihm im Sinne §. 453 a. b. G. B. obliegenden Verpflichtung der Justificirung der erwirkten Pränotation nicht enthoben. Es lag also dem Eigenthümer der pränotirten Forderung von 700 fl. ob, die Pränotation in der gesetzmäßigen Frist zu justificiren und erst im Falle der rechtzeitigen Justification wäre die Vormerkung von der Zeit der erfolgten Einantwortung wirksam gewesen. Nachdem aber weder D noch sein Cessionär A die Pränotation in der gesetzmäßigen Zeit gerechtfertigt haben, so mußte in Folge des Bescheides vom 1. Mai 1869 die in Frage stehende Vormerkung als nicht gerechtfertigt gelöscht werden. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung.

Der oberste Gerichtshof hat das Löschungsgesuch des B abgewiesen. Gründe: Aus den Acten ergibt sich, daß die bewilligte Pränotation, um welche es sich handelt, auf Grund des mit allen gesetzlichen Förmlichkeiten versehenen, von D mit C geschlossenen Vertrages erwirkt wurde, somit auf einer Urkunde beruht, auf deren Grundlage die Intabulation anstandslos hätte platzgreifen können, wenn der Schuldner C damals schon Eigenthümer der Realität X gewesen wäre und daß nur deshalb die Pränotation mit dem Vorbehalte des §. 822 a. b. G. B. angesucht und bewilligt wurde, weil die Verlassenschaft der M, zu welcher die besagte Realität gehörte und auf die C als Rechtsnehmer des testamentarischen Universalerben Anspruch hatte, noch nicht eingeantwortet war. Hieraus folgt, daß diese Pränotation in Ansehung ihrer Justificirung nicht mit einer auf Grund des §. 453 a. b. G. B., wegen Mangels gesetzlicher Förmlichkeit in der Urkunde, erwirkten Pränotation äquiparirt werden kann, sondern, daß es hiebei blos auf die Ausweisung ankommt, daß in Bezug auf den Vorbehalt des §. 822 a. b. G. B. kein Anstand obwalte. Da nun A als Eigenthümer der ursprünglich für D pränotirten Forderung von 700 fl. in Folge der an ihn diesfalls ergangenen Aufforderung nachgewiesen hat, daß die Verlassenschaft der M noch unterm 17. Februar im Jahre 1862 dem C eingeantwortet wurde, daher der der Pränotation beigefügte Vorbehalt des §. 822 a. b. G. B. nicht mehr im Wege steht, so unterliegt es keinem Zweifel, daß A eine der Sachlage entsprechende Ausweisung geliefert hat, demnach von der Löschung der Pränotation, wegen nicht erfolgter Rechtfertigung derselben, keine Rede sein kann. Da also die Anschauung der Untergerichte, daß die gedachte Pränotation mittelst einer Klage hätte justificirt werden sollen und bei Abgang eines solchen Ausweises zu löschen sei, mit der eigentlichen, actenmäßigen Sachlage in einem offenbaren Widerspruche steht, so mußte dem a. o. Revisionsrecurse desselben im Sinne des Hofdcr. v. 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, stattgegeben werden.

Nr. 4772.

Zuständigkeit der Gerichte für Exſcindirungsklagen, welche gegen Acte der Adminiſtrativexecution gerichtet ſind.

Plenar-Entſch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 11305. Judicatenbuch Nr. 78. G. Z. 1872, Nr. 97. (Manz'ſche Sammlung I, S. 72.)

Eingetragener Rechtsſatz: Auch in den Fällen einer politiſchen Execution ſteht die Entſcheidung über die Privatanſprüche dritter Perſonen, welche ſich durch die vollzogene Execution in ihrem Beſitze, Eigenthume oder anderen Rechten für gekränkt halten, und die gänzliche oder theilweiſe Aufhebung der Execution bewirken wollen, ſowie die nach Maßgabe des §. 3 des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, vorläufig zu bewilligende Siſtirung weiterer Executionsſchritte den Gerichten zu.

Sachverhalt:

Die gegen den Fiscus angeſtellte Klage der Ehefrau eines Steuerſchuldners, bei welchem im Wege der von der politiſchen Behörde verordneten Execution zur Deckung des Steuerrückſtandes Mobilien gepfändet worden waren, auf Anerkennung ihres Eigenthumes an denſelben und deren Ausſcheidung aus der Execution iſt mit oberſtgerichtlicher Entſcheidung vom 4. Juni 1872, Nr. 5773 (Nr. 4624 der Sammlung) a limine zurückgewieſen worden, „weil die Anfechtung einer von der politiſchen Behörde verfügten Execution nicht auf den Rechtsweg gehört und das Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, ſich nur auf gerichtliche Executionen bezieht". Das Finanzminiſterium, welches von dieſer Entſcheidung Kenntniß erlangte, ließ ſich von der niederöſterreichiſchen Finanzprocuratur Bericht erſtatten und überſandte denſelben den Miniſterien des Innern und der Juſtiz mit folgenden Bemerkungen: Wenn es auch keinem Zweifel unterliege, daß in ſehr vielen Fällen von dem Rechtsmittel der Exſcindirungsklage ein nahezu muthwilliger Mißbrauch getrieben werde, welcher namentlich bei einer zu laxen Praxis in Zulaſſung von Haupteiden die Rechte der Gläubiger illuſoriſch machen kann, ſo dürfte doch der vom oberſten Gerichtshofe angenommene Grundſatz ſelbſt vom Standpunkte der Adminiſtration manches Bedenken erwecken können. Die ſelbſtverſtändliche Unzuläſſigkeit der Execution auf Sachen, die nicht dem Schuldner gehören, ſei nicht erſt durch das Hofdcr. v. 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, ausgeſprochen worden und der Eigenthümer ſei natürlich auch ſchon früher in der Lage geweſen, ſeine privatrechtlichen Anſprüche im Wege der Klage geltend zu machen. Der Verwaltungsgerichtshof ſei nicht competent, wenn die Entſcheidung den Gerichten zuſtehe, und dies ſei unzweifelhaft der Fall, wenn die adminiſtrative Behörde gegenüber der betroffenen Partei eine rein privatrechtliche Stellung einnehme. Die Exſcindirungsklage werde nicht gegen die

politiſche Behörde als exequirendes Organ, ſondern gegen den Fiscus oder den Fond gerichtet, zu deſſen Gunſten die Execution vorgenommen wurde. Das Verhältniß des Staates zum Steuerſchuldner entziehe ſich allerdings der Cognition der ordentlichen Gerichte, allein das Verhältniß des Fiscus zu einem Dritten, deſſen Privateigenthum durch einen Eingriff der Staatsadminiſtration verletzt wurde, ſei ein grundverſchiedenes. Sollte da der Dritte den Schutz der ordentlichen Gerichte nicht finden können, ſo müßte auch eine gerichtliche Pfändung durch eine nachträgliche politiſche Execution wirkungslos gemacht werden können und die Austragung ſolcher collidirenden Pfandrechte vor dem ordentlichen Richter ausgeſchloſſen werden. Die Verwaltung ſei weder berufen noch in der Lage, über Eigenthumsanſprüche zu erkennen und es ſtehen ihr die Hauptbeweismittel in einem Rechtsſtreite: beeidete Zeugenausſagen und Parteieneide im Zuge einer adminiſtrativen Erhebung nicht zu Gebote. Der Anſicht, daß bei einer politiſchen Execution die Rechte dritter Perſonen der gerichtlichen Cognition entrückt ſeien, ſtänden namentlich die Hofdcr. vom 26. Februar 1789, Nr. 977, und vom 2. September 1824, Nr. 2039 der J. G. S. entgegen. — Das Miniſterium des Innern theilte dieſe Anſicht, indem es davon ausging, daß überhaupt privatrechtliche Anſprüche, ſoferne die Entſcheidung darüber nicht ausdrücklich der politiſchen Behörde zugewieſen iſt, nur im Rechtswege geltend gemacht werden können, welcher insbeſondere für Exſcindirungsanſprüche der ſowohl dem Steuerärar als der Gegenpartei zuſagendſte Weg ſei. Daß poſitive Beſtimmungen nicht entgegenſtehen, ergebe ſich aus dem Hofdcr. vom 31. December 1818, J. G. S. Nr. 1531, betreffend die Competenz in Erbſteuerangelegenheiten. Unter den Rechten, von welchen Art. 15, Alinea 2 des Staatsgrundgeſetzes vom 21. December 1867, R. G. B. Nr. 144, über die richterliche Gewalt ſpricht, könnten nur Rechte öffentlicher Natur oder höchſtens ſolche Privatrechte verſtanden werden, über welche die Verwaltungsbehörde abzuſprechen habe, weil ſonſt nicht abzuſehen wäre, warum man wohl in den Fällen des erſten Alinea und nicht auch in jenen des zweiten Alinea wegen Verletzung eines Privatrechtes die Abhilfe im ordentlichen Rechtswege ſuchen dürfe. Alinea 2 des Art. 15 könne alſo nur ſolche Fälle im Auge haben, in welchen die Verwaltungsbehörde innerhalb ihrer Competenz Entſcheidungen oder Verfügungen treffe, was bei einer Entſcheidung über einen von einem Dritten erhobenen Eigenthumsanſpruch nicht der Fall wäre. Das Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, habe wohl zweifellos nur gerichtliche Executionen im Auge und es laſſe ſich auch nicht in Abrede ſtellen, daß jedenfalls ausdrückliche Normen über die Art und Weiſe der Geltendmachung der in Rede ſtehenden Exſcindirungsanſprüche und über den Einfluß derſelben auf den Gang der politiſchen Execution abgehen, gleichwohl dürfte man ſich mit der analogen Anwendung der Beſtimmungen jenes Hofdecretes behelfen können.

Das Justizministerium wendete sich nun an das Präsidium des obersten Gerichtshofes und empfahl „bei dem großen Gewichte, welches das Finanzministerium dieser Angelegenheit beilegen zu sollen erachte, zunächst dem Ermessen des oberstgerichtlichen Präsidiums sowie der Beschlußfassung des obersten Gerichtshofes, ob die Angelegenheit zur Behandlung nach §. 16 lit. f des kaiserl. Patentes vom 7. August 1850, R. G. Bl. Nr. 325, geeignet befunden werde".

In einer Plenarsitzung machte der oberste Gerichtshof, nachdem die vorliegende Rechtsfrage nicht immer gleichförmig entschieden war, dieselbe zum Gegenstande einer principiellen Entscheidung im Sinne des §. 16 lit. f des cit. Patentes. Bei der Erwägung der Rechtsfrage wurde für die in der Entscheidung vom 4. Juni 1872, Nr. 5773, zum Ausdrucke gekommene Meinung insbesondere geltend gemacht, daß das Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, wohl unzweifelhaft nur auf gerichtliche Executionen sich beziehe, daß übrigens im Sinne desselben Exscindirungsklagen bei der Behörde, welche die Execution bewilligt oder vollzogen hat, vorzubringen sind, daß, wenn aus öffentlichen Rücksichten die politische Behörde für gewisse Fälle zum Executionsrichter gemacht wird, durch diese Zuweisung die politische Competenz ein für allemal als begründet angesehen werden könnte und daß ja die politische Behörde noch in manchen anderen Fällen, z. B. bei gewissen Lohnstreitigkeiten, zum Richter über privatrechtliche Ansprüche gemacht und für solche Fälle in dem Hofkanzleidecrete vom 18. September 1828, Nr. 21870 (Wessely, Band I, pag. 30) auch die Beweisführung durch Zeugen und Parteieneide ausdrücklich für zulässig erklärt ist. In Erwägung aber, daß von den Verwaltungsbehörden die Competenz zur Entscheidung über Exscindirungsansprüche abgelehnt wurde; daß es nicht Sache der Justizbehörden ist, eine Beschränkung des ordentlichen Rechtsweges über das unbestrittene gesetzliche Maß hinaus anzustreben oder festzuhalten; daß es sich in Exscindirungsfällen allerdings um rein privatrechtliche Ansprüche handelt und daß auch bei einer politischen Execution die vom Exscindirungswerber begehrte Aufhebung oder Beschränkung sich nur als eine Consequenz seines rein privatrechtlichen Anspruches darstellt, mithin auch in diesen Fällen die Exscindirungsklage vielmehr als einfache Geltendmachung des privatrechtlichen Anspruches, denn als Beschwerde gegen eine politische Verfügung zu behandeln ist; daß nach Art. 15 Alinea 1 des St. G. B. v. 21. December 1867, R. G. Bl. Nr. 144, auch wenn die Verwaltungsbehörde über die Eigenthumsfrage zwischen dem Executen und dem Dritten zu entscheiden hätte, denn doch der Rechtsweg nicht ausgeschlossen wäre, daß aber, wenn einmal der Richter auch in Fällen einer politischen Execution zur Entscheidung der Exscindirungsansprüche dritter Personen als berufen gefunden wird, ihm wohl auch das im Hofdcr. v. 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, normirte Sistirungsrecht zugestanden werden muß; daß also zur Vermei-

dung einer weiteren Unsicherheit hinsichtlich beider Punkte durch ein Judicat eine fortan gleichförmige Praxis erzielt werden soll, daß hingegen eine Entscheidung, welches Gericht in den Fällen der Exscindirung aus einer politischen Execution das zuständige sei, entbehrlich erscheint, weil man in dieser Beziehung mit den allgemeinen Jurisdictionsvorschriften sich behelfen kann, — wurde die Eintragung des voranstehenden Satzes in das Judicatenbuch beschlossen.

Nr. 4773.

Einbringung der Proceßschrift durch einen nicht am Gerichtssitz wohnhaften Advocaten ohne Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten.

Entsch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 11336 (Best. der gleichförmigen Decr. des Handels- und Seegerichtes Triest v. 9. August 1872, Nr. 7390 und des O. L. G. Triest v. 7. Sept. 1872, Nr. 4297). G. Z. 1873, Nr. 87. Gazz. dei Trib. 1873, Nr. 15.

Die von der Firma A in Teplitz gegen die Firma B in Triest bei dem Triester H. G. angebrachte Klage peto. 600 fl., welche von der klagenden Firma und ihrem Rechtsfreunde Dr. C in Teplitz unterzeichnet war, wurde aufrecht verbeschieden und das Gericht verordnete die Zustellung des Klagebescheides direct an den Rechtsfreund der Klägerin in Teplitz. Dagegen recurrirte die Beklagte, weil die Klägerin am Gerichtsorte einen zur Empfangnahme gerichtlicher Verordnungen befugten Vertreter nicht bestellt habe und daher in Gemäßheit des den §. 389 a. G. O. modificirenden Hofdcr. v. 6. December 1782, J. G. S. Nr. 105 lit. c, die Klage hätte zurückgestellt oder nach Analogie des §. 111 des Concursgesetzes vom 25. December 1868 ein Curator für die abwesende Klägerin hätte bestellt werden sollen. — Das O. L. G. bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in der Erwägung, daß die Beklagte nur deshalb recurrirte, weil in der Klageschrift, welche mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheide aufrecht erledigt wurde und welche von dem Advocaten Dr. C aus Teplitz contrasignirt ist, ein Bevollmächtigter am Sitze des Cognitionsgerichtes zur Empfangnahme der weiteren gerichtlichen Erledigungen in Gemäßheit des Hofdcr. vom 6. December 1782, Nr. 105, nicht bezeichnet erscheint; daß jedoch die angerufene gesetzliche Verfügung, insoferne diese die Verpflichtung der Partei betrifft, sich eines am Gerichtsorte wohnhaften Vertreters zu bedienen, durch den §. 8 der Advoc.-Ordn. v. 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, modificirt worden ist, mit welchem Gesetze das Recht der Partei zur Wahl eines Rechtsfreundes auf die Advocaten sämmtlicher Provinzen der im Reichsrathe vertretenen Länder ausgedehnt wurde; daß überdies der §. 389 a. G. O.

als Folge der Unterlaſſung der Bezeichnung eines Ermächtigten am Gerichtsorte zur Empfangnahme der ferneren Erledigungen nicht die Rückſtellung der Eingabe vorſchreibt, ſondern nur verfügt, daß die klagende Partei die Folgen dieſer Unterlaſſung zu tragen habe, daß daher der angefochtene Beſcheid der erſten Inſtanz ſich als im Geſetze vollkommen gegründet darſtellt und die Annahme und aufrechte Erledigung der Klage ordnungsmäßig geſchehen iſt.

Der oberſte Gerichtshof verwarf den a. o. Reviſionsrecurs der Beklagten mit Berufung auf die oberlandesgerichtlichen Entſcheidungsgründe und in Anbetracht, daß die klagende Handelsfirma durch ihre Fertigung der Klage im Sinne des §. 8 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, den Advocaten Dr. C in Teplitz nicht blos zum Vertreter, ſondern auch zur Empfangnahme aller darauf bezüglichen Beſcheide und Erläſſe bereits aufgeſtellt hat.

Nr. 4774.

Beſitzſtörung durch militäriſche Vorkehrungen? Competenz der Gerichte.

Entſch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 11438 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Karolinenthal v. 13. Auguſt 1872, Nr. 19290 und des O. L. G. Prag v. 10. Sept. 1872, Nr. 28259). G. H. 1873, S. 7.

Den Dienſtleuten des A war von dem k. k. Lieutenant B wegen militäriſcher Schießübungen der Zutritt zu dem Grundſtücke des A mittelſt einer Militärwache verwehrt worden. Er belangte deshalb den B und das Platzcommando in possessorio summariissimo wegen Beſitzſtörung und wurde in beiden Inſtanzen a limine abgewieſen, weil die Angelegenheit, da es ſich um militäriſche Schießübungen und die dabei zu treffenden Sicherheitsvorkehrungen handelt, offenbar nicht vor die Gerichte gehöre.

Von dem oberſten Gerichtshofe wurde mit Aufhebung beider Verordnungen dem Gerichte erſter Inſtanz die Verbeſcheidung der Klage mit Abſtandnahme von dem obigen Abweiſungsgrunde aufgetragen, weil das in der Klage dargeſtellte Factum von dem Kläger als die Störung von Privatrechten aufgefaßt wird, welche nach dem Grundſatze des §. 290 a. b. G. B. auch den Vertretern des Staatsvermögens nicht geſtattet iſt, daher die Gerichte für dieſen Fall ſo lange competent bleiben, als die Verhandlung nicht ergibt, daß der Gegenſtand von jener Verwaltungsbehörde, der die Ermittlung militäriſcher Uebungsplätze zukommt, entſchieden oder doch vorſchriftsgemäß in Verhandlung genommen worden iſt, wo dann erſt zu erwägen wäre, ob nach §. 48 der J. N. die Einwirkung der Gerichte aufzuhören habe.

Nr. 4775.

Expropriation für Eisenbahnzwecke: Voraussetzungen des Verbotes der mittlerweiligen Vornahme von Veränderungen.

Entsch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 11475 (Best. des Decr. des B. G. Stryj v. 2. August 1872, Nr. 3424, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 20. August 1872, Nr. 21317). G. Z. 1873, Nr. 6.

Nachdem auf Einschreiten einer Eisenbahnunternehmung mehrere Grundstücke auf dem Wege des Expropriationsverfahrens gerichtlich geschätzt und der Bauunternehmung übergeben worden waren, begehrten einige mit der Schätzung nicht einverstandene Grundeigenthümer die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtnisse zur Erhebung des wahren Werthes der Grundstücke und die Erlassung des Verbotes an die Bauunternehmung, an den Gründen bis zur Durchführung des Beweises irgend welche Aenderung vorzunehmen. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde dem Gesuche wegen Mangels der Erfordernisse des §. 260 westgal. G. O. nicht stattgegeben, weil insbesondere eine Gefahr der Veränderung der Sache nicht nachgewiesen wurde. — Das O. L. G. in Lemberg hat aber, dem von den betheiligten Grundeigenthümern überreichten Recurse willfahrend, den erstrichterlichen Bescheid dahin abgeändert, daß es im Sinne des §. 9 lit. e der Minist.-Verordn. vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238 und des Gesetzes vom 29. März 1872, R. G. Bl. Nr. 39, dem Gesuche in beiden Punkten stattgab, sowohl die Führung des angefuchten Beweises zum ewigen Gedächtnisse bewilligte, als auch der Bauunternehmung die Vornahme jeder Aenderung mit den besagten Gründen bis zur Durchführung des Beweises gleichzeitig untersagte. — Die Bauunternehmung recurrirte nun gegen das erlassene Verbot der Aenderungen, indem sie behauptete, daß diese Verfügung nur dann gerechtfertigt wäre, wenn der Stand der Sache in dem Falle folgender Veränderungen nicht mehr constatirt werden könnte; daß nur in der Weise der §. 3 des Gesetzes v. 29. März 1872, R. G. Bl. Nr. 39, aufgefaßt werden kann, und daß Gegenstand eines solchen Verbotes beispielsweise Gebäude, Gärten u. dgl. sein können; daß der Nachtheil für die Eisenbahn unwiederbringlich wäre, zumal der Winter heranrückt und durch diese Verfügung der Bahnhofbau in S aufgehalten würde, und daß das ganze Begehren der Grundeigenthümer nur ein Pressionsmittel auf die Bahndirection sei, behufs Erhöhung des Expropriationspreises.

Der oberste Gerichtshof hat dem Recurse stattgegeben und in dem Punkte des begehrten Verbotes den abweisenden Bescheid der ersten Instanz bestätigt. Gründe: Im Sinne des §. 3 des Gesetzes v. 29. März 1872, R. G. Bl. Nr. 39, könnte ein derartiges Verbot nur dann erlassen werden, wenn der zur Zeit der Expropriation vorhandene Stand der Sache in Hinkunft durch Vornahme von Arbeiten

einer ſolchen Aenderung unterliegen würde, daß er nicht mehr zu conſtatiren wäre. Da nun die Grundſtücke nur theilweiſe von der Eiſenbahn übernommen wurden und die Eigenſchaft derſelben auf beiden Seiten der darüber geführten Bahn, ſo wie der abträgliche Einfluß auf die Bewirthſchaftung derſelben durch die Bahnanlegung ſichergeſtellt werden kann, mithin eine Aenderung der Gründe, bei welcher ihre Eigenſchaft und der wahre Werth nicht mehr erhoben werden könnte, ausgeſchloſſen iſt, ſo erſcheint die erſtgerichtliche Verweigerung des Verbotes vollkommen gerechtfertigt.

Nr. 4776.

Legitimation eines Fabriksdirectors zur Erwirkung der Execution eines den Fabriksbetrieb ſichernden Erkenntniſſes.

Entſch. v. 12. Nov. 1872, Nr. 11711 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Oct. 1872, Nr. 32559). G. H. 1873, S. 65.

In erſter Inſtanz wurde das Geſuch des A als Director der Zuckerfabrik zu X um Execution des von der Fabrik der Klägerin in einem Waſſerrechtsſtreite erfochtenen Urtheiles, nämlich um Ertheilung des Auftrages an den Beklagten, bei Geldſtrafe das im Urtheile bezeichnete Gewäſſer ſeines Mühlgrabens mit Anfang der Campagne 1872 — 1873 der Fabrik zu überlaſſen, bewilligt. — Von dem O. L. G. wurde das Geſuch abgewieſen, weil A nicht nachgewieſen habe, daß er zum Anbringen desſelben im Namen der im Handelsregiſter protokollirten Fabrik befugt ſei (Art. 41 und 42 H. G. B.).

In Erwägung, daß die Beſchaffung des Waſſers für den Fabriksbetrieb zum natürlichen Wirkungskreiſe des Fabriksdirectors gehört; daß dieſe Eigenſchaft des A als gerichtsbekannt angeſehen werden kann und um ſo weniger zu bezweifeln iſt, da er mit dem Executionsgeſuch das zu vollſtreckende Urtheil beigebracht hat; daß bei dieſer Sachlage A nicht nur nach den §§. 1009 und 1029 a. b. G. B., ſondern auch als Handlungsbevollmächtigter nach Art. 47 H. G. B. zur Führung dieſer Execution als berechtigt erſcheint, und daß dieſelbe nicht als eine Proceßführung gelten kann, für die A nach dem cit. Art. einer eigenen Befugniß bedurfte, — hat der oberſte Gerichtshof mit Beſeitigung der obergerichtlichen Verordnung dem O. L. G. aufgetragen, das Executionsgeſuch, mit Abſtandnahme von dem angeführten Abweiſungsgrunde, zu erledigen.

Nr. 4777.

Unterbleiben der Verfachung eines Kaufvertrages wegen unvollständiger Bezahlung der vom Käufer übernommenen Hypothekarschulden: Succession des Käufers in die Hypothek der von ihm befriedigten Gläubiger?

Entsch. v. 14. Nov. 1872, Nr. 10749 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Mezzolombardo v. 13. Februar 1872, Nr. 1297 und des O. L. G. Innsbruck v. 30. Juli 1872, Nr. 1661). G. Z. 1873, Nr. 16.

Mit Vertrag vom 10. Jänner 1860 verkauften die Brüder B dem A einen Theil ihrer Liegenschaften um 30.000 fl. und übertrugen ihm zur Zahlung einen gleichen Betrag von Hypothekarschulden, die daran hafteten. A wurde in den physischen Besitz der erkauften Güter gesetzt und zahlte eine der übernommenen Schuldposten per 400 Napoleonsd'or der Gläubigerin C. Da er seinen anderen Verpflichtungen nachzukommen nicht im Stande war, unterblieb die Verfachung des Kaufvertrages vom 10. Jänner 1860 und nach einiger Zeit leitete einer von den auf den verkauften Gütern sichergestellten Gläubigern gegen die Verkäufer B die Execution ein, welche zu der Zwangsveräußerung der Realitäten führte. Nun machte A in dem nach Vorschrift des für Tirol steltenden Justizhofdecretes v. 19. November 1839, J. G. S. Nr. 388, gepflogenen Graduationsverfahren gegen die Executionsmasse im eigenen Namen die Hypothek für die von ihm an die C bezahlten 400 Napoleonsd'or geltend, wogegen die Gläubiger Einsprache erhoben. — In dem hierüber abgeführten Rechtsstreite wies das Gericht erster Instanz das Begehren des A um Liquidhaltung obiger 400 Napoleonsd'or mit der der Gläubigerin C eingeräumten Hypothek vom 10. März 1845 aus folgenden Gründen ab: Nach Inhalt des Vertrages vom 10. Jänner 1860 sei A in den factischen Besitz der ihm von den Gebrüdern B gegen eine Summe von 30.000 fl. überlassenen Realitäten gekommen, zur Tilgung des obigen Betrages sei ihm auch die Schuld an die C übertragen worden, und nachdem dieselbe bezahlt ward, sei die Anweisung nach §. 1401 a. b. G. B. vollständig geworden, Kläger habe nur seine eigene Schuld bezahlt, hiemit sei auch die Hypothek unwirksam geworden. Der Mangel der Verfachung des Kaufes sei unentscheidend, indem sie zur Begründung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrage, der durch die physische Uebergabe zur Perfection gekommen, nicht nothwendig sei, und auch mit der Minist.-Verordn. v. 22. April 1854, R. G. Bl. Nr. 101, nur der Grundsatz aufgestellt wurde, daß in Collissionsfällen das verfachte Eigenthum vor dem nicht verfachten den Vorzug habe. — Das O. L. G. bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus dessen Gründen und in Erwägung, daß durch die Zahlung der Schuld gegen C dieselbe getilgt und somit auch die dafür bestellte Hypothek erloschen war und ein erloschenes Pfandrecht weder durch Vertrag noch durch das Gesetz auf andere Personen übergehen könne.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die a. o. Reviſionsbeſchwerde des A in Erwägung, daß er in Folge der Uebertragung der Schuld an die C dieſelbe als ſeine eigene Schuld tilgte, ſomit gegen die Maſſe B, weil er nicht Rechtsnachfolger des ehemaligen Gläubigers iſt, kein perſönliches Klagerecht hat, ihm aber auch die Hypothekarklage im Sinne des §. 469 nicht zuſteht, indem er ſich zu dieſem Behufe mit einer verfachten Urkunde, vermöge welcher die der eingetragenen Hypothekargläubigerin zugeſtandenen dinglichen Rechte auf ihn übergingen, hätte ausweiſen müſſen.

Nr. 4778.

Förmlichkeiten eines allographen Teſtamentes: Art der Beſtätigung des Aufſatzes durch den Erblaſſer.

Entſch. v. 19. Nov. 1872, Nr. 9752 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Rechanic v. 29. Februar 1872, Nr. 652 und des O. L. G. Prag v. 11. Juni 1872, Nr. 16579). G. H. 1873, S. 143.

Beide Untergerichte haben der Klage des geſetzlichen Erben A gegen die Teſtamentserben B peto. Ungiltigkeit des allographen Teſtamentes des M ſtattgegeben, weil durch die auf Antrag des A verhörten Teſtamentszeugen X, Y und Z erwieſen ſei, daß M die von ihm unterzeichnete Teſtamentsurkunde vor ihnen nicht als ſeinen letzten Willen beſtätigt habe (§. 579 a. b. G. B.).

Der oberſte Gerichtshof erkannte gegen das Klagebegehren. Gründe: Nach dem vorliegenden Ergebniſſe der Zeugenvernehmung kann der von dem Kläger A geführte Beweis nicht als erbracht angeſehen werden. Wenn auch die drei Zeugen den Umſtand (Weisart. IX), daß M nicht in ihrer gleichzeitigen, noch in der Anweſenheit von nur zwei derſelben den Aufſatz als ſeinen letzten Willen beſtätigte, bejaht haben, ſo hat doch jeder dieſer Zeugen in ſeiner Antwort auf den Art. VIII beigefügt, daß der Aufſatz von dem Teſtamentarius C vorgeleſen wurde und M darauf erklärte, „daß es ſo bleibe, wie es iſt“ (Zeuge X), „So Nachbarn, ich unterſchreibe es nun“ (Y), „Nachbarn, ſehet, ich unterſchreibe es eigenhändig“ (Z). Wird nun erwogen, daß M, laut der übereinſtimmenden Ausſage der drei Zeugen, die nach Angabe der Zeugen Y und Z erklärte Bereitwilligkeit zur Unterzeichnung des vorgeleſenen Aufſatzes vor allen Dreien nochmals beſtätigte und den Aufſatz in ihrer gleichzeitigen Gegenwart als Teſtator eigenhändig unterſchrieb; daß die im §. 579 a b. G. B. geforderte Beſtätigung des Erblaſſers, daß der Aufſatz ſein letzter Wille ſei, an keine beſtimmte Form gebunden iſt, mithin nach §. 863 ibid. nicht nur durch Worte, ſondern auch ſtillſchweigend durch ſchlüſſige Handlungen erfolgen kann; daß M nach der Vorleſung die vor-

erwähnten, von den Zeugen referirten Aeußerungen gethan und sodann den Aufsatz unterzeichnet hat, was in der gleichzeitigen Anwesenheit der drei Zeugen geschehen sein muß, da sie diesen Umstand übereinstimmend bestätigten, so ist der Schluß, daß M der obigen Anordnung des §. 579 a. b. G. B. vollkommen entsprochen habe, gerechtfertigt, zum mindesten aber die von den Zeugen zum Beisatz IX gemachte Aussage in dem Maße entkräftet, daß der von dem Kläger durch die Zeugen geführte Beweis des Abganges des gedachten Erfordernisses der Giltigkeit des Testamentes nach dem citirten Paragraph, als erbracht nicht angesehen werden kann. — Da nun beide Untergerichte diesen Beweis, trotz der angeführten Bedenken, als hergestellt betrachtet und darauf hin das Testament des M nach §. 601 a. b. G. B. als ungiltig erklärt haben, mußte der a. o. Revisionsbeschwerde gegen die untergerichtlichen Entscheidungen wegen offenbarer Ungerechtigkeit derselben stattgegeben werden.

Nr. 4779.

Beweislast im Falle der Bestreitung der quittirten Zahlung eines Kaufschillings: Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen eine verbücherte Quittung auch nach Ablauf von drei Jahren.

Entsch. v. 19. Nov. 1872, Nr. 10328 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Neupaka v. 20. Jänner 1872, Nr. 8103 und des O. L. G. Prag v. 29. Juli 1872, Nr. 20111). G. Z. 1872, Nr. 100.

Die beiden Untergerichte erkannten: Die Realität X sei Eigenthum der klagenden Concursmasse des A und der Geklagte B sei schuldig, diese Realität aus seiner Innehabung und seinem Genusse zu lassen und sie in die Innehabung, Besitz und Genuß der klagenden Concursmasse zu übergeben, wenn durch den dem Geklagten rückschiebbar aufgetragenen Haupteid der Beweis hergestellt wird, daß A als Käufer dieser Realität dem Geklagten als Verkäufer den Kaufschillingsrest pr. 1750 fl. baar bezahlt habe.

Der oberste Gerichtshof erkannte: Der Geklagte B sei nur dann schuldig, die Realität X in die Innehabung, den ausschließenden Besitz und Genuß der klagenden Concursmasse des A zu übergeben, wenn die klagende Concursmasse den in der Einrede aufgetragenen rückschiebbaren Haupteid antritt und durch A dahin ablegt: „Es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, daß er bei Abschließung und Unterfertigung des Kaufvertrages über die Realität X den in diesem Vertrage als bezahlt quittirten Kaufschillingsrest per 1750 fl. zu Handen des Verkäufers nicht bezahlt habe." Gründe: Nach §. 1062 a. b. G. B. ist der Verkäufer berechtigt, die Uebergabe der verkauften Sache zu verweigern, wenn der Käufer das Kaufgeld — voraus-

gesetzt, daß wegen Zahlung desselben nicht etwas anderes bedungen wurde, — nicht zugleich abführt. Insoferne daher die erfolgte Zuzählung des Kaufschillingsrestes für das Begehren der klagenden Concursmasse auf Räumung und Uebergabe der erkauften Realität als entscheidend erkannt wurde, erscheinen die Urtheile der beiden unteren Instanzen gesetzlich begründet. Da jedoch in der verbücherten Kaufsurkunde über den Besitzstand X ausdrücklich bestätigt wird, daß der Käufer A gleich bei Abschließung des Vertrages den Kaufschillingsrest pr. 1750 fl. zu Handen des Verkäufers B baar erlegt habe und B den Empfang dieses Betrages zugleich quittirt; da ferner die Giltigkeit dieser seit dem Jahre 1858 dem Grundbuche einverleibten Kaufsurkunde innerhalb drei Jahren nicht bestritten wurde, deren Giltigkeit somit nicht mehr anfechtbar ist, so kann auch der klagenden Concursmasse ein weiterer Beweis über den Inhalt dieser Urkunde, insbesondere über die darin bestätigte Zahlung des Kaufschillingsrestes per 1750 fl. nicht mehr auferlegt werden, wohl aber ist, wie in dem Falle, wenn der Schuldner gegen den Inhalt eines Schuldscheines behauptet, daß die Zuzählung des Geldes nicht erfolgt sei, auch hier im Sinne des kaiserl. Patentes v. 1. März 1787, J. G. S. Nr. 636, der Geklagte zu dem Gegenbeweise zuzulassen, daß der von ihm in der Kaufsurkunde als gezahlt quittirte Kaufschillingsrest per 1750 fl. ihm nicht gezahlt worden sei. Ein weiterer Beweis, daß dieser Kaufschillingsrest auch später nicht gezahlt wurde, erscheint nicht nothwendig, weil eine spätere Zahlung von der klagenden Concursmasse nicht behauptet wurde.

Nr. 4780.

Voraussetzungen der Eidesauftragung an den mit einer Exscindirungsklage belangten Fiscus.

Entsch. v. 10. Nov. 1872, Nr. 10566 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Brünn v. 2. März 1872, Nr. 374 und des O. L. G. Brünn v. 26. Juni 1872, Nr. 6271). G. Z. 1872, Nr. 101.

In der Exscindirungsstreitsache der A wider die Finanzprocuratur noe. des k. k. Aerars wies der oberste Gerichtshof unter Abänderung der beiden gleichförmigen untergerichtlichen Erkenntnisse das Klagebegehren unbedingt aus nachstehenden, den Sachverhalt wiedergebenden Gründen ab: „Beide Instanzen haben die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache von dem referiblen Haupteide über den Erwerbungstitel der Klägerin hinsichtlich der zu exscindirenden Effecten, über das Nichtaufgeben des Besitzes dieser Gegenstände von Seite der Klägerin und über die Identität derselben Effecten mit den in dem Pfändungsprotokolle beschriebenen abhängig gemacht, welchen Eid die

Klägerin in der Klage im Allgemeinen dem Gegentheile oder der Gegenseite aufgetragen hat. Dieſes Gegentheil iſt aber das k. k. Aerar, für welches die Finanzprocuratur den Proceß führt. Da nun das k. k. Aerar nur eine juriſtiſche Perſon iſt, welche keinen Eid ablegen kann und nach §. 223 a. G. O. ein gerichtlicher Eid niemals durch einen Sachwalter giltig abgelegt werden kann, ſondern jederzeit in Perſon abgeſchworen werden muß, ſo ergibt ſich einerſeits, daß der hier aufgetragene Eid von der Finanzprocuratur, welche in dem Proceſſe nur als Sachwalter auftritt, nicht abgeſchworen werden könnte und daß andererſeits, wenn überhaupt von dem Beweismittel des Haupteides Gebrauch gemacht werden ſoll, im Urtheile eine beſtimmte Perſon bezeichnet werden muß, welche den Eid im Falle der Annahme desſelben für das k. k. Aerar als Vertretungsleiſter ablegen ſoll. Denn außer dieſem Falle wäre eine Eidesablegung von Seite des k. k. Aerars unmöglich und das k. k. Aerar wäre ohneweiters gezwungen, den Eid zurückzuſchieben. Dann würde aber der referible Haupteid ſeine eigenthümliche Natur ganz verlieren, wonach dem Delaten die Wahl frei bleiben ſoll, den Haupteid anzunehmen oder zurückzuſchieben. — Im Urtheile kann jedoch eine beſtimmte Perſon, welche als Vertretungsleiſter für das k. k. Aerar den Eid ablegen könnte, nur dann bezeichnet werden, wenn eine ſolche im Proceſſe namhaft gemacht wurde. Es kann ſich demnach weiter nur darum handeln, welcher Streittheil dieſe Perſon namhaft zu machen verpflichtet war. Es iſt nun zunächſt hervorzuheben, daß es ſich hier um keine Handlung fragt, welche vom k. k. Aerar rückſichtlich von ſeinen Beamten, Dienern oder Vertretern ausgegangen iſt. Deshalb kann dem k. k. Aerar nicht die Verbindlichkeit obliegen, eine Perſon namhaft zu machen, welche den Eid im Falle der Annahme desſelben abzulegen hätte. Will nun die Klägerin von dem Beweismittel des Haupteides Gebrauch machen, ſo war es ihr obgelegen, jene phyſiſche Perſon zu bezeichnen, welche für das k. k. Aerar den Eid ablegen ſoll, im Falle derſelbe angenommen werden ſollte. Die Finanzprocuratur hat demnach nicht, wie das O. L. G. meint, die Verpflichtung, einen Steuerbeamten namhaft zu machen, welcher den Eid für das k. k. Aerar ablegen könnte. Die Klägerin hat in der Verhandlung nichts an die Hand gegeben, woraus zu entnehmen wäre, welche Perſon allenfalls hinſichtlich der zu beſchwörenden, rückſichtlich eidlich zu negirenden Thatſachen dem k. k. Aerare zu einer Vertretungsleiſtung verpflichtet ſein könnte. Iſt aber einerſeits die vom O. L. G. der Finanzprocuratur nrtheilsmäßig auferlegte Verbindlichkeit, im Falle der Annahme des Eides einen Steueramtsbeamten zur Eidesablegung namhaft zu machen, im Geſetze nicht gegründet, ſo iſt andererſeits, wenn im erſtrichterlichen Urtheile die Finanzprocuratur als jene Perſon bezeichnet wird, welche den Eid noc. des Aerars abzulegen hätte, dies in mehrfacher Beziehung geſetzwidrig. Dieſe Beſtimmung verſtößt zuvörderſt gegen den §. 223

a. G. O., wie bereits oben bemerkt wurde, und ſie verſtößt gegen §. 207 a. G. O., weil die Finanzprocuratur nicht im eigenen Namen Proceß führt und es ſich nicht um Thatſachen handelt, welche ſich als die eigenen Handlungen der Finanzprocuratur darſtellen würden, und endlich iſt durch die bloße Bezeichnung „Finanzprocuratur" wieder nicht jene phyſiſche Perſon namentlich bezeichnet, welche den Eid im Falle der Annahme abzulegen hätte. Da hiernach die Klägerin nicht jenen Vorbedingungen entſprochen hat, welche es ermöglichen würden, dem k. k. Aerar den Haupteid über die in der Klage angeführten, von der Finanzprocuratur jedoch widerſprochenen Thatſachen aufzutragen, andere Beweismittel aber nicht angeboten wurden, ſo mußte die Abweiſung der Klage erfolgen.

Nr. 4781.

Eidesleiſtung für eine Firma durch einen während des Proceſſes ausgetretenen Geſellſchafter: Namhaftmachung des Vertretungsleiſters beim Eidesantritte.

Entſch. v. 19. Nov. 1872, Nr. 11827 (Beſt. des Decr. des H. G. Wien v. 27. Mai 1872, Nr. 65101, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 1. Oct. 1872, Nr. 19230). Jur. Bl. 1873, Nr. 8.

In dem Proceſſe des Kaufmannes A gegen B & Söhne peto. Zahlung der Leihgebühr für Säcke wurde auf den vom Kläger den Beklagten darüber aufgetragenen Haupteid erkannt, daß C, damals öffentlicher Geſellſchafter der beklagten Firma B & Söhne, dem D (Vertretungsleiſter des Klägers), welcher den Beklagten empfahl, die Säcke, in denen der Kläger ihnen Waaren geliefert hatte, binnen drei Tagen zurückzuſtellen, widrigens die Leihgebühr gezahlt werden müſſe, erklärt habe, daß er die Leihgebühr ſchon zahlen werde. Die Beklagten traten den Eid an mit der Bitte um Anordnung der Tagfahrt zur Ableiſtung des Eides durch den C, der ſich der Eidesantretung angeſchloſſen hatte. — In erſter Inſtanz wurde die Eidesantretung dem Begehren gemäß verbeſchieden. — Das O. L. G. hat dieſelbe aus folgenden Gründen abgewieſen: In dem Urtheile wurde die Sachfälligkeit der Beklagten ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß ſie den gegneriſcherſeits ihnen aufgetragenen Haupteid nicht ablegen. Da die Klage gegen „B & Söhne, Kaufleute in Wien" gerichtet war, müſſen als Beklagte alle Perſonen angeſehen werden, die nach dem Handelsregiſter Theilnehmer dieſer Firma ſind. Wenn ſie nun erwirken wollten, daß nur Einer von ihnen den Eid zu ſchwören habe, hätten ſie ſich im Proceſſe darüber ausſprechen müſſen. Dies iſt aber nicht geſchehen und ebenſo wenig haben ſie das Urtheil angefochten, in welchem den Beklagten, alſo ihnen Allen der Eid aufgetragen wurde. Es geht

daher nicht an, daß ſie durch Einen von ihnen, der überdies nicht mehr Geſellſchafter der Firma iſt (aus der er noch während des Proceſſes austrat), den ſententionirten Eid antreten.

In Erwägung, daß die mündliche Erklärung, von deren Beweis die Proceßentſcheidung in dem Urtheile abhängig gemacht iſt, von C als damaligem öffentlichen Geſellſchafter abgegeben wurde; daß, ſowie durch dieſe Erklärung, wenn ſie ſich erwahrt, nach Art. 114 H. G. B. die beklagte Firma verpflichtet wurde und C für ſeine Erklärung nach Art. 94 ibid. ihr zu haften hat, es auch ſeine Sache iſt, wenn er dieſelbe nicht abgegeben hat, der Firma in dem gegenwärtigen Proceſſe die Vertretung zu leiſten und ſie durch die Ablegung des ihr aufgetragenen Haupteides von der Verbindlichkeit zur Zahlung der Sackleihgebühr zu befreien; daß aber auch der Kläger es ſich gefallen laſſen muß, wenn C, ſeiner Vertretungspflicht nachkommend, den Haupteid ſchwört und dadurch den Beweis herſtellt, daß er die fragliche Erklärung nicht gemacht habe, weil der Kläger ſich eben auf die Thatſache ſtützte, daß C die Erklärung abgab, und die Eigenſchaft des Letzteren als Vertretungsleiſter es eben mit ſich bringt, daß er allein den über ſeine Handlung der Firma aufgetragenen Eid ablege (§. 59 a. G. O.); daß endlich ſein inzwiſchen erfolgter Austritt aus der Societät dem nicht entgegenſteht, daß er für ſeine frühere Thätigkeit als öffentlicher Geſellſchafter der Firma auf Grund ſeiner daraus entſtandenen Verantwortlichkeit Vertretung leiſte und demgemäß den Haupteid mit der urtheilsmäßigen Wirkung ſchwöre, — hat der oberſte Gerichtshof die erſtgerichterliche Verordnung beſtätigt.

Nr. 4782.

Execution auf den vom Executen wider den Executionsführer erhobenen Eigenthumsanſpruch.

Entſch. v. 19. Nov. 1872, Nr. 11873 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des B. G. Haidenſchaft v. 6. Auguſt 1872, Nr. 5292 und des O. L. G. Trieſt v. 20. Sept. 1872, Nr. 4555). G. Z. 1873, Nr 78.

Nachdem B den A auf Anerkennung des Eigenthums an einem grundbücherlich dem A zugeſchriebenen Acker belangt und die Anmerkung der Streitanhängigkeit erwirkt hatte, begehrte A zur Hereinbringung einer Forderung von 300 fl., die B ihm ſchuldete, die executive Pfändung aller jener Rechte, welche dem B aus der gegen A angebrachten Klage bezüglich des ſtreitigen Ackers zuſtehen und in der Folge zuerkannt werden ſollten. — Beide Untergerichte bewilligten das Geſuch, — das O. L. G. in Anbetracht, daß B ſelbſt in ſeiner Klage das Eigenthum an dem Acker behauptet, weshalb er ſich nicht beſchweren kann, daß dem A auf Grund eines executionsfähigen Urtheiles die Pfändung aller jener Rechte, welche dem B aus der Klage an dem Acker

zustehen und in der Folge zuerkannt werden würden, bewilligt worden ist, weil in dem Falle der richterlichen Zuerkennung von Rechten aus jener Klage, dieselben, wie überhaupt das ganze Vermögen eines Schuldners, für seine Schulden haften, im entgegengesetzten Falle aber für B die bewilligte Pfändung ganz gleichgiltig sein würde. — In dem Revisionsrecurs wurde geltend gemacht, daß A die Pfändung der ganzen Rechte begehrt habe, welche dem B aus der von ihm gegen A selbst auf Eigenthumsanerkennung erhobenen Klage zustehen würden; daß im Sinne der a. G. O. nur auf bereits vorhandene und dem Executen zustehende und nicht auch auf erst entstehende Objecte und somit auf ein Unding (non ens) die Execution bewilligt werden kann; daß der Acker, worauf sich die in der oberwähnten Klage begehrte Eigenthumsanerkennung bezieht, gegenwärtig in den öffentlichen Büchern auf den Namen des A selbst einverleibt ist und daß daher die Bewilligung seines Executionsgesuches eine auf sein eigenes Vermögen gerichtete Execution zur Folge haben würde, was den gesetzlichen Vorschriften offenbar widerspricht, und daß es sich eigentlich um die Executionsführung auf eine bücherliche Anmerkung der Streitanhängigkeit handelt, welche gesetzlich unzulässig sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf jedoch den Revisionsrecurs in der Erwägung, daß es nach §. 311 a. G. O. dem Kläger freisteht, die Güter des Beklagten zu bezeichnen, woraus er seine Befriedigung erlangen will, und von der Execution keineswegs Forderungen und Rechte, die der Execut an Jemanden zu stellen hat, ausgenommen sind, insoferne sie überhaupt an dritte Personen übertragen werden können, wie sich aus den §§. 314 und 340 a. G. O. und dem Hofdcr. vom 27. October 1797, J. G. S. Nr. 385, unzweifelhaft ergibt, und daß sonach bei der Realisirung durch executive Feilbietung der Ersteigerer berechtigt sein wird, ein bereits im Klagewege geltend gemachtes und auf diese Weise in Execution gezogenes Recht statt des Executen im eigenen Namen weiter zu verfolgen; daß das der Pfändung unterzogene, vom Executen B eingeklagte Recht sich noch nicht als ein absolut dingliches Recht darstellt, welches gegen wen immer geltend gemacht werden könnte, und worauf das Pfandrecht nur nach der Vorschrift über die Erwerbung desselben an unbeweglichen Sachen erwirkt werden könnte, da die Klage nur als eine Contractsklage auf Erfüllung eines mündlichen Vertrages und in Folge dessen auf Uebergabe des streitigen Ackers gerichtet erscheint; daß aber auch der Umfang der der Pfändung unterzogenen Rechte in dem Gesuche hinreichend umschrieben wurde, somit in den untergerichtlichen Entscheidungen eine offenbare Ungerechtigkeit oder Nichtigkeit nicht erkannt werden kann.

Nr. 4783.

Begehren um Superannotation bei der grundbücherlichen Anmerkung der Streitigkeit: Zuständigkeit des Grundbuchsgerichtes.

Entsch. v. 19. Nov. 1872, Nr. 11874 (Best. des das Decr. des B. G. Haidenschaft v. 7. August 1872, Nr. 5372, abänd. Decr. des O. L. G. Triest vom 12. Sept. 1872, Nr. 4453). G. Z. 1873, Nr. 85.

Nachdem die Klage des B gegen C pcto. Eigenthums an einem Grundstücke auf das Begehren des Klägers in Folge Verordnung des Proceßgerichtes (§. 61 des Grundbuchsgesetzes) grundbücherlich angemerkt worden war, begehrte A bei dem Proceßgerichte unter Vorlage eines mit B über die Abtretung aller von demselben aus der obigen Klage zu erhoffenden Rechte bezüglich des erwähnten Grundstückes abgeschlossenen Kaufvertrages, die Superannotation bei der Anmerkung. Das angerufene Proceßgericht ging darauf ein und erledigte das Gesuch meritorisch in abweisendem Sinne. — Von dem O. L. G. hingegen wurde das Gesuch wegen Unzuständigkeit des Proceßgerichtes ab- und A an das competente Grundbuchsgericht gewiesen, in Erwägung, daß das Begehren des A auf Eintragung einer Beschränkung oder Belastung der bereits im Grundbuche durchgeführten Anmerkung der Streitigkeit eines bestimmten Grundbuchsobjectes gerichtet ist, und daß diese Eintragung nicht auf dem Proceßwege, sondern auf Grund einer zwischen den Parteien außergerichtlich getroffenen Uebereinkunft verlangt wird; daß es sich also nicht um eine Eintragung in das Grundbuch behufs Ersichtlichmachung streitiger Rechte, sondern um eine durch Einverständniß der Parteien beschlossene Eintragung handelt, welche nicht von dem Proceßrichter verfügt werden kann, sondern in den Wirkungskreis der Grundbuchsbehörde fällt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung mit Bezugnahme auf die Gründe derselben.

Nr. 4784.

Exscindirungsklagen gegen den Fiscus: Gerichtsstand.

Entsch. v. 19. Nov. 1872, Nr. 11923 (Best. des Decr. des B. G. Schwechat v. 28. Sept. 1872, Nr. 6698, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 15. Oct. 1872, Nr. 20335). G. H. 1872, S. 471.

A belangte die Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus bei dem B. G. Schwechat wegen Anerkennung seines Eigenthums an den Mobilien, die bei dem in Simmering (Bezirk des genannten B. G.) wohnhaften C wegen Steuerschulden desselben mittelst der politischen Execution gepfändet worden waren. — Diese von dem Gerichte erster Instanz aufrecht verbeschiedene Klage wurde von dem O. L. G. mit

Bezugnahme auf den §. 14 lit. b der J. N. wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes zurückgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil nach §. 14 lit. b der J. N. Klagen gegen den Fiscus der Entscheidung der Gerichtshöfe nur, soweit nicht ein besonderer Gerichtsstand eintritt, vorbehalten sind, nach §. 72 ibid. aber die Exsciudirungsklage, wie schon das Hofdcr. v. 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, bestimmt hat, bei dem Gerichte, wo die Execution vorgenommen wurde, angebracht werden kann und die Execution, um deren Aufhebung es sich hier handelt, als gerichtliche Execution, von dem B. G. Schwechat vorzunehmen gewesen wäre.

Nr. 4785.

Schenkungsversprechen oder entgeltlicher Vertrag?

Entsch. v. 20. Nov. 1872, Nr. 10877 (Best. des das Urth. des L. G. Krakau v. 7. August 1871, Nr. 10534, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau vom 18. April 1872, Nr. 56). G. H. 1873, S. 176.

A belangte den B auf Zahlung von 1500 fl., indem er anführte, daß B, der das Gut des dem Ausgleichsverfahren verfallenen C kaufen wollte und in der Folge auch gekauft hat, dem Kläger obige Summe versprochen habe, wenn er ihm, Beklagten, bei dem Ankaufe des Gutes nicht hinderlich sein und nicht zu Gunsten anderer Käufer interveniren werde. Der Beklagte hingegen behauptete, dem A die 1500 fl. vielmehr unter der Bedingung versprochen zu haben, daß A weder dem C noch dessen Bevollmächtigten Geld zukommen lasse, das von denselben zur Zahlung der zweiten Vergleichsrate an die Gläubiger des C verwendet werden könnte. Ob die von dem Kläger behauptete Bedingung, oder jene, die der Beklagte anführte, in der That gesetzt worden sei, wurde in dem Processe nicht festgestellt; wohl aber hat B durch Zeugen den vollständigen Beweis erbracht, daß der Kläger dem C zur Tilgung der Ende Juli 1866 verfallenen Vergleichsrate 4000 fl. dargeliehen habe. — In erster Instanz wurde dem Klagebegehren stattgegeben. Das O. L. G. erkannte auf Abweisung des Klägers, weil nach der Anführung desselben das von ihm angenommene Versprechen der 1500 fl. ihm von dem Beklagten dafür gegeben wurde, daß er dem Letzteren bei dem Gutskaufe nicht hinderlich sei, dieses „passive Verhalten" des Klägers aber nicht als eine Gegenleistung qualificirt werden kann, mithin das Versprechen des Beklagten als eine Schenkung zu betrachten ist, die dem Kläger, da eine schriftliche Urkunde darüber nicht errichtet wurde, kein Klagerecht gab (§. 943 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz, allein aus folgenden Gründen: Durch die obergerichtliche Moti-

drung ist die Abweisung des Klägers nicht gerechtfertigt. Denn da nach dem Gesetze Unterlassungen den Handlungen äquiparirt sind, daher ebenso, wie diese, ein Entgelt bilden können, so stellt sich der vom Kläger als Rechtsgrund angeführte Vertrag nicht als eine Schenkung, sondern als ein entgeltlicher Vertrag dar (§§. 861, 864, 921, 1173 a. b. G. B.). Allein sein Anspruch ist deshalb unbegründet, weil die Bedingung, unter der ihm die 1500 fl. versprochen waren, in keinem Falle erfüllt worden ist, sei es, daß sie gestellt wurde, so wie er oder wie der Beklagte anführt. Denn der Kläger hat durch die erwiesene Hingabe des Darlehens von 4000 fl. an C der von dem Beklagten behaupteten Bedingung geradezu, und auch der von ihm selbst angeführten Bedingung entgegengehandelt, weil das Gelddarlehen geeignet war, den C wenigstens zur Verzögerung der mit dem Beklagten wegen des Gutsverkaufes angeknüpften Unterhandlung zu bestimmen, daher ohne Zweifel als ein dem Beklagten bei der Verfolgung seines Zweckes von dem Kläger bereitetes Hinderniß aufzufassen ist, um so mehr, als der Gutskauf in der That erst im August 1866 zu Stande kam.

Nr. 4786.

Anspruch der ehemaligen Grundobrigkeit auf Ersatz des seit 1848 zur Schulbeheizung gelieferten Holzes?

Entsch. v. 21. Nov. 1872, Nr. 11862 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Troppau v. 10. Oct. 1871, Nr. 7975 und des O. L. G. Brünn v. 3. Sept. 1872, Nr. 8933). G. H. 1873, S. 58.

Der Klageanspruch der ehemaligen Grundobrigkeit A wider die Gemeinde B auf Ersatz des seit 1848 von der Klägerin zur Schulbeheizung gelieferten Holzes wurde von dem obersten Gerichtshofe nach den gleichen Grundsätzen beurtheilt und abgewiesen, wie bei den Entscheidungen vom 12. Mai und 10. December 1868, Nr. 3341, 11116 und 11117 (Nr. 3629, 3639 und 3640 der Sammlung).

Nr. 4787.

Unzulässigkeit der Pränotation des im Executionswege erworbenen Eigenthumes an einer Liegenschaft auf Grund des Feilbietungsprotokolles.

Entsch. v. 26. Nov. 1872, Nr. 11990 (Best. der Decr. des L. G. Wien v. 16. Juli 1872, Nr. 41787, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Sept. 1872, Nr. 17422). G. Z. 1873, Nr. 103. Jur. Bl. 1873, Nr. 23. Zeitschr. f. d. Notariat 1874, Nr. 22.

Das Gesuch des Erstehers einer im Executionswege veräußerten Liegenschaft um Pränotirung seines Eigenthumsrechtes auf Grund des

Licitationsprotokolls, wurde in erster Instanz abgewiesen, weil bei executiven Versteigerungen der Ersteher gemäß §. 339 a. G. O. erst durch die gerichtliche Einantwortung berechtigt wird, das Eigenthum des erstandenen Gutes zu erwerben, das Feilbietungsprotokoll daher keine Grundlage der Einverleibung oder Vormerkung des Eigenthumsrechtes des licitatorischen Käufers bildet. — Das O. L. G. bewilligte die Pränotation, weil das Feilbietungsprotokoll als die über das Erwerbungsgeschäft aufgesetzte Urkunde zu betrachten ist und der Umstand, daß eine Einantwortungsurkunde (Auffandung) noch nicht vorliegt, nur zur Folge hat, daß dermal noch nicht die Einverleibung des Eigenthumsrechtes stattfinden kann.

In Erwägung, daß auf Grund des Licitationsprotokolles, welches nur den Kauf als Rechtstitel bescheinigt, nicht einmal aber dessen Bedingungen enthält, dem Käufer noch kein Eigenthum zusteht, da dieses erst gemäß den Bestimmungen des §. 339 a. G. O. und 431 a. b. G. B. erworben werden muß, woran durch die Bestimmungen der §§. 26 und 27 des G. B. G. vom 25. Juli 1871, Nr. 95, nichts geändert wurde, indem diese Paragraphe darüber, wie das Eigenthumsrecht an einem unbeweglichen Gute erworben wird, nichts enthalten; daß auch zur Vormerkung des Eigenthumsrechtes nach §. 35 G. B. G. eine Urkunde über das Erwerbungsgeschäft beigebracht werden muß, indem dieser Paragraph voraussetzt, daß die beigebrachte Urkunde die allgemeinen Erfordernisse (§§. 26 und 27 G. B. G.) besitzt und nur an einem besonderen Gebrechen leidet, welches der Einverleibung im Wege steht, hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt.

Nr. 4788.

Besitzstörungsproceß: Beschränkung desselben auf Feststellung des letzten factischen Besitzstandes.

Entsch. v. 26. Nov. 1872, Nr. 12030 (Best. des das Urth. des B. G. Knin v. 20. Juni 1872, Nr. 1866, abänd. Urth. des O. L. G. Zara vom 5. Oct. 1872, Nr. 4939). Gazz. dei Trib. 1873, Nr. 4.

In der Besitzstörungsklage des A gegen B wurde der folgende Thatbestand angeführt: Nachdem A, als Ersteher des im Executionswege versteigerten Grundstückes X, von dem Gerichte in den rechtlichen factischen Besitz desselben eingeführt worden war, verkaufte er das Grundstück durch mündlichen Vertrag dem B um 300 fl., zahlbar in Raten, wovon die erste mit 200 fl. im November 1871, die zweite mit 100 fl. im November 1872 verfallen sollte. Für die Zwischenzeit, nämlich bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises, behielt sich A das Eigenthum und den Besitz des Grundstückes vor und

nahm den B als Colonen auf. Allein noch vor dem Verfallstage erklärte B dem A, daß er von dem Vertrage nichts mehr wissen wolle, daß er sofort jede Ingerenz in dem Grundstücke X aufgebe und dasselbe dem A zum ausschließlichen Besitze überlasse. Obwohl nun diese Erklärung von A vor Zeugen (die er in der Klage zur Vernehmung anführte) ausdrücklich angenommen worden ist, erlaubte sich B in jüngster Zeit eigenmächtig das Grundstück zu bebauen. A begehrte daher das Erkenntniß, daß B ihn in dem Besitze desselben gestört, und in Zukunft jeder Ingerenz in Beziehung auf das Grundstück sich zu enthalten habe. — Der Beklagte ließ die angeordnete Verhandlungstagfahrt unbesucht, worauf das Gericht erster Instanz ohne Weiteres in contumaciam desselben nach dem Klagebegehren entschied. — Auf die von dem Beklagten ergriffene, in keiner Weise ausgeführte Beschwerde wurde derselbe von dem O. L. G. in der Erwägung klagefrei gesprochen, daß nach der Anführung des A das fragliche Grundstück — durch die Aufnahme des B als Colonen — in den Besitz des Letzteren gekommen und daß dieser Besitz als noch fortdauernd anzunehmen ist, da A nicht angeführt hat, daß B die Inhabung wieder aufgegeben hätte; daß, wenn B dem A erklärt hat, von dem mit ihm geschlossenen Vertrage nichts mehr wissen zu wollen und jede fernere Ingerenz in dem Grundstücke zu vermeiden, mit dieser klägerischerseits angenommenen Erklärung der Beweis, daß B den Besitz des Grundstückes in der That aufgegeben habe, nicht geliefert ist, sondern höchstens dem A das Recht gegeben wäre, mittelst Klage die Erfüllung dieses neuen Uebereinkommens zu fordern; daß mithin die dem B zugeschriebene Bebauung des Grundstückes als Störung des Besitzes des Klägers A nicht angesehen werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil nach §. 5 der a. h. Resolution vom 2. März 1830, in Dalmatien kundgemacht mit Gubernialnotification vom 9. November 1830, Nr. 23047 (gleichlautend mit §. 5 der kaiserl. Verordn. vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12), in possessorio summariissimo es nur auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstandes ankommt; aus der Anführung der Klage aber nicht zu entnehmen ist, daß zur Zeit, als B das Grundstück bebaute, A in dem factischen Besitze desselben sich befunden habe, mithin dieser letztere Umstand trotz der Contumacia des B, ohne Beweis nicht als wahr angenommen, daher die Bebauung des Grundstückes von Seite des B als eine Störung des klägerischen Besitzes nicht qualificirt werden kann.

Nr. 4789.

Gerichtliche Siſtirung einer politiſchen Execution auf Grund einer Exſcindirungsklage.

Entſch. v. 26. Nov. 1872, Nr. 12041 (Beſt. des Decr. des L. G. Prag v. 3. Auguſt 1872, Nr. 20923, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 10. Sept. 1872, Nr. 35368). G. H. 1873, S. 35.

Das Geſuch der A um Siſtirung der auf dem Verwaltungswege zur Hereinbringung einer Steuerſchuld gegen ihren Ehemann geführten Mobilienexecution war mit einer das Eigenthum der A an der gepfändeten Fahrniß hinreichend beſcheinigenden notariellen Urkunde inſtruirt und wurde deshalb von dem Gerichte erſter Inſtanz nach §. 4 des Hofcr. v. 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, bewilligt. — Das O. L. G. wies das Geſuch zurück, weil die Beſtimmungen des citirten Hofdecretes nach ihrem Wortlaute nur auf eigentliche, gerichtliche Executionen Anwendung haben und auf den durch beſondere Geſetze normirten politiſchen Executionszug nicht ausgedehnt werden können.

In Erwägung, daß das Siſtirungsgeſuch auf den privatrechtlichen Titel des Eigenthums gegründet iſt, daher über dasſelbe, wie über alle Privatrechte auch dem Fiscus gegenüber durch die Gerichte nach dem bürgerlichen Rechte erkannt werden kann; daß dadurch in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden nicht eingegriffen, ſondern nur über ein nach bürgerlichem Rechte zuläſſiges Schutzmittel zur Vertheidigung des Eigenthums entſchieden wird, — hat der oberſte Gerichtshof die erſtgerichtliche Verordnung beſtätigt.

Nr. 4790.

Erſatzklage gegen richterliche Beamte: Zuſtändigkeit des Oberlandesgerichtes zur erſtinſtanzlichen Entſcheidung über Sicherungsmaßregeln.

Entſch. v. 26. Nov. 1872, Nr. 12050 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Prag v. 8. Oct. 1872, Nr. 31770). G. H. 1873, S. 31.

Dr. A, als Curator einer Waiſencaſſe, die bei der Vertheilung des Erlöſes aus der executiven Veräußerung einer Liegenſchaft mit ihrer Pfandforderung durchfiel, wurde — wegen wahrſcheinlicher Vernachläſſigung der geſetzlichen Vorſichten bei der Anlage des Capitals der Waiſencaſſe — beauftragt, gegen B, den ſeither in Ruheſtand verſetzten damaligen Vorſteher des in Böhmen belegenen Pupillargerichtes nach dem Geſetze vom 22. Juli 1872, R. G. Bl. Nr. 112, den Erſatz des Schadens einzuklagen und alle zum Schutz der bedrohten Waiſencaſſe nöthigen Schritte einzuleiten. In Folge dieſes Auftrages

überreichte A, vor Anstellung der Ersatzklage, bei dem O. L. G. in Prag das Gesuch um Bewilligung des Verbotes auf die Hälfte des Ruhegehaltes des B. Sein Gesuch wurde aber mit Bezugnahme auf die §§. 18, 24 und 25 des citirten Gesetzes, als ordnungswidrig in zweiter Instanz angebracht zurückgewiesen.

In Erwägung, daß nach der Bestimmung des §. 8 des obigen Gesetzes die Schadenersatzklage selbst von A bei dem böhmischen O. L. G. anzubringen sein wird; daß die Vorschrift der von dem O. L. G. angezogenen §§. 18 und 24 dieses Gesetzes auf der Voraussetzung beruht, daß bereits das rechtskräftige Erkenntniß des competenten O. L. G. über den Schadensersatzanspruch vorliegt und daß der §. 25, der überdies voraussetzt, daß der Proceß gegen den Staat schon im Zuge ist, über die Competenz zur Bewilligung der Sicherstellung keine Bestimmung enthält, — hat der oberste Gerichtshof das Decret des O. L. G. aufgehoben und demselben aufgetragen, das Gesuch des A mit Abstandnahme von dem angeführten Abweisungsgrunde zu erledigen.

Nr. 4791.

Unzulässigkeit der executiven Sequestration einer Liegenschaft behufs Vollstreckung eines Urtheils auf Lieferung von Getreide.

Entsch. v. 26. Nov. 1872, Nr. 12117 (Best. des das Decr. des B. G. Karolinenthal v. 17. Juli 1872, Nr. 16335, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 16. Sept. 1872, Nr. 29021). G. H. 1873, S. 31.

Zur Vollstreckung des Urtheiles, wodurch B dem A zur Entrichtung einer Quantität von Getreide condemnirt worden war, begehrte A die executive Sequestration von Liegenschaften des B, welche von dem obersten Gerichtshofe verweigert wurde, weil die Execution durch Sequestration nur wegen einer bestimmten Geldsumme zulässig und für die Eintreibung der dem A zuerkannten Bezüge die Executionsart in den §§. 307 und 308 a. G. O. festgesetzt ist.

Nr. 4792.

Exscindirungsproceß wider den Fiscus: Eidesdelation an die Finanzprocuratur.

Entsch. v. 27. Nov. 1872, Nr. 11568 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Brünn v. 30. Dec. 1871, Nr. 12152 und des O. L. G. Brünn v. 18. Juni 1872, Nr. 6369). G. Z. 1873, Nr. 60.

In dem Exscindirungsstreite der A unter freiwilliger Vertretungsleistung ihres Gatten C gegen die Finanzprocuratur in Vertre-

tung des Steuerärars wies der oberste Gerichtshof in Abänderung der gleichförmigen untergerichtlichen Erkenntnisse das Klagebegehren aus folgenden Gründen zurück: Beide Untergerichte haben in Ermanglung eines anderen zulässigen Beweismittels von Seite der Klägerin die Entscheidung dieser Rechtssache von dem Ergebnisse mehrerer Haupteide abhängig gemacht, welche die Klägerin der Gegenseite über jene Thatsachen, worauf sie die Behauptung des ihr zustehenden Eigenthums in Bezug auf die in der Klage bezeichneten Gegenstände stützt, aufgetragen hätte. Da jedoch der der Finanzprocuratur aufgetragene Haupteid nach den §§. 207 und 223 a. G. O. unzulässig erscheint, weil die Finanzprocuratur in Vertretung des Steuerärars den Proceß führt und daher in dieser Eigenschaft einem anderen Parteienvertreter gleich zu achten ist; da ferner auch das Steuerärar selbst als blos juristische Person einen Eid überhaupt nicht ablegen kann und die Klägerin keine solchen Thatsachen angeführt hat, aus welchen jene physische Person entnommen werden konnte, welche etwa in Vertretungsleistung des k. k. Aerars den Haupteid ablegen könnte, so mußte, in Ermanglung anderer Beweismittel für die Thatumstände, worauf das Klagebegehren beruht, die Klägerin abgewiesen werden.

Nr. 4793.

Vermächtnißanordnung: Der Würdigung eines Dritten überlassene Zuwendung an eine bestimmte Person.

Entsch. v. 27. Nov. 1872, Nr. 11753 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Niepołomice v. 30. Juli 1871, Nr. 1281 und des O. L. G. Krakau v. 8. Februar 1872, Nr. 19842). G. H. 1873, S. 226.

Die Verlassenschaft des M, Besitzers der Grundwirthschaft X, wurde im Jahre 1849 seinem Sohne N als Testamentserben, respective, nachdem dieser ohne letztwillige Anordnung verstorben war, dem O, Sohn des N, eingeantwortet. O wurde von seiner Mutter P, diese von seiner Großmutter R und die letztgenannte von S und T beerbt, die ihr Erbrecht dem A veräußerten, welchem sodann im Jahre 1868 die Verlassenschaft des O, der P und der R und damit die von M herrührende Grundwirthschaft X eingeantwortet wurde. Mit diesem Titel versehen, belangte nun A die B auf Herausgabe der in ihrem Besitze befindlichen Wirthschaft X. Die Beklagte wendete dagegen ein, daß M in seinem Testamente zwar den N als Erben eingesetzt, allein seiner Gattin C die Macht ertheilt habe, über die Grundwirthschaft X nach ihrem Willen zu verfügen; daß die C, von dieser Befugniß Gebrauch machend, im Jahre 1850 durch Cession das unbeschränkte Eigenthum der Grundwirthschaft auf sie, Beklagte, übertragen und die Cession selbst noch in ihrem letzten Willen bestätigt habe. Der Kläger

replicirte, daß dieſe teſtamentariſche Beſtimmung des M nach §. 564 a. b. G. B. („Der Erblaſſer kann die Ernennung des Erben nicht dem Ausſpruche eines Dritten überlaſſen") unwirkſam war, und davon abgeſehen, daß die C im Jahre 1850, nachdem die Grundwirthſchaft des M dem O bereits (im Jahre 1849) eingeantwortet war, keinesfalls über dieſelbe mehr verfügen konnte. — Beide Untergerichte verurtheilten die B zur Herausgabe der Grundwirthſchaft.

Von dem oberſten Gerichtshofe hingegen wurde die Klage des A abgewieſen. Gründe: Die entſcheidenden Fragen ſind: 1. Ob die letztwillige Anordnung des M, womit er ſeiner Ehefrau C die Befugniß, über das Eigenthum der ganzen Grundwirthſchaft X zu verfügen und der ihrerſeits davon gemachte Gebrauch in Hinblick auf den §. 564 a. b. G. B. von Wirkung ſeien, und im bejahenden Falle, 2. ob die C nach der im Jahre 1849 an O erfolgten Einantwortung der Verlaſſenſchaft des M von jener Befugniß noch einen rechtswirkſamen Gebrauch machen konnte. Ad 1. Ohne weiter zu erörtern, ob die Beſtimmung des §. 564 a. b. G. B. auch auf einen Legatar Anwendung habe, als welcher die Beklagte B hier erſcheint, da die der C eingeräumte Befugniß auf eine beſtimmte Sache, nämlich auf die Grundwirthſchaft X beſchränkt war, muß dieſe Frage bejahend beantwortet werden. Denn M hat außerdem, daß er der C die erwähnte allgemeine Befugniß ertheilte, noch die ſpecielle Anordnung getroffen, daß die B, „wenn ſie es ſich bei ihrer Mutter (d. i. der C) verdient", die ganze Wirthſchaft X erhalten ſoll. Hiermit hat er ſelbſt ſchon den Vermächtnißnehmer beſtimmt und der C nur die Beurtheilung überlaſſen, ob die von ihm geſetzte Bedingung der Vermächtnißanordnung eingetreten ſei, und indem die C die Ceſſion vom Jahre 1850 zu Gunſten der B errichtete und ſodann letztwillig beſtätigte, hat ſie nicht den Legatar der Grundwirthſchaft des M ernannt, ſondern nur ſeinen letzten Willen, nach eingetretener Bedingung, dadurch vollzogen, daß ſie die Grundwirthſchaft der von ihm ernannten Vermächtnißnehmerin B zuwendete. Ad 2. Auch dieſe Frage iſt zu bejahen. Der Kläger ſelbſt gründet ſeinen Anſpruch auf das Teſtament des M, in welchem der Teſtator die Grundwirthſchaft X ſeinem Sohne N mit dem Vorbehalte zuwendete, daß ſeiner Ehefrau C überlaſſen werde, über das Eigenthum an derſelben zu verfügen und es auf eine andere Perſon zu übertragen. Da nun dieſes Teſtament bei der Abhandlung der Verlaſſenſchaft des M vorgelegen und in dem Decrete der Einantwortung der Verlaſſenſchaft vom Jahre 1849 aufrecht erhalten worden iſt, ſo muß, wenngleich die ad 1 erörterte, der C eingeräumte Befugniß, die Grundwirthſchaft der B zuzuwenden, in dem Einantwortungsdecrete nicht ausgedrückt iſt, auch dieſe Beſtimmung des Teſtamentes des M, ſo lange ſie nicht ausdrücklich für ungiltig erklärt worden, was nicht geſchehen iſt, als beſtehend angeſehen werden. Demnach erfolgte die Einantwortung der Grundwirthſchaft, durch das aus-

drücklich auf das Testament des M Bezug nehmende Decret vom Jahre 1849, an N, resp. O mit dem testamentarischen Vorbehalte des Verfügungsrechtes der C über diese Wirthschaft und kraft dieser Einantwortung war O nach dem Willen des Testators nur so lange Besitzer der Grundwirthschaft, als die C von der ihr vorbehaltenen Befugniß keinen Gebrauch machte. Nun hat sie aber durch die Cession vom Jahre 1850 noch bei Lebzeiten des O davon Gebrauch gemacht und die Grundwirthschaft der Beklagten zugewendet. Es hat daher die Beklagte B einen stärkeren Titel zum Besitze der Grundwirthschaft als der Kläger, weil O bei seinem nach der Cession eingetretenen Tode dieselbe nicht mehr auf die P transmittiren konnte, von der der Kläger, vermittelst der R, des S und T, seinen Anspruch ableitet.

Nr. 4794.

Unbeschränkte Berechtigung der Mehrheit der Concursgläubiger zu außergerichtlicher Veräußeruug des Massevermögens.

Entsch. v. 27. Nov. 1872, Nr. 12068 (Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Sept. 1872, Nr. 16337). G. H. 1873, S. 9.

In dem Concurse des B wurne nach vorausgegangener allgemeiner Liquidirungstagfahrt auf die Anzeige des Masseverwalters, daß der Gläubigerausschuß beschlossen habe, das ganze Concursvermögen aus freier Hand im Offertwege an den Meistbietenden, jedoch nicht unter dem Betrage von 80.000 fl. (inventarischer Werth: 113.000 fl.), zu verkaufen, die Gläubigerschaft einberufen, deren Majorität mit einem Forderungsbetrag von 76.000 fl. gegen die Minorität von 12·000 fl. diesen Antrag annahm. Auf den Recurs der Concursgläubigerin A gegen die von dem Concurscommissär diesem Beschlusse ertheilte Bestätigung, welche von dem Concursgerichte aufrecht erhalten worden war, vorordnete das O. L. G., daß von dem Concursgerichte im Sinne des §. 145 C. O., nach vorgängiger Vernehmung des noch nicht gehörten Gemeinschuldners, über die Zulässigkeit des von der Gläubigerschaft beschlossenen Verkaufes Beschluß gefaßt und die Interessenten dann verständigt werden. — Das O. L. G. ging hiebei von der Ansicht aus, daß, wenn die Vortheilhaftigkeit des Verkaufes aus freier Hand nicht allseits unbestritten ist, nach dem Wortlaute und Geiste des Gesetzes die im §. 144 C. O. vorbehaltene Dazwischenkunft des Concursgerichtes stattzufinden und daß das Gericht in solchem Falle reiflich und allenfalls nach Vernehmung der nicht zustimmenden Interessenten zu erwägen und zu entscheiden hat, ob eine solche Veräußerung für die Masse einen offenbaren Vortheil erwarten lasse.

Auf den Recurs des Masseverwalters hat der oberste Gerichtshof mit Beseitigung des obergerichtlichen Auftrages die von dem Concurs-

commiſſär ertheilte Beſtätigung des Verkaufsbeſchluſſes der Gläubigerſchaft aufrecht erhalten. Gründe: Die hier entſcheidende Frage: ob auch nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt der von dem Gläubigerausſchuſſe oder von der Gläubigerſchaft gefaßte Beſchluß auf Verkauf des Concursvermögens aus freier Hand der Genehmigung oder Ermächtigung von Seite des Concursgerichtes oder des Concurscommiſſärs bedarf, iſt nach den Beſtimmungen der C. O. zu verneinen. Der §. 145 C. O. ſtellt als Regel auf, daß auch nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt die Veräußerung von beweglichen Concursgütern in der im Executionsverfahren vorgeſchriebenen Weiſe zu geſchehen habe, und fügt die Ausnahme hinzu: wenn eine andere Veräußerungsart nicht einen offenbaren Vortheil für die Maſſe in Ausſicht ſtellt. Die im §. 145 nicht entſchiedene Frage, wem der Ausſpruch: ob eine andere Veräußerungsart für die Maſſe offenbar vortheilhaft ſei, zukomme, kann mit Rückſicht auf die §§. 147 und 148 C. O. nur in dem Sinne beantwortet werden, daß nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt dieſer Ausſpruch dem Gläubigerausſchuſſe, reſp. der Gläubigerſchaft zuſtehe, die mit der Abhaltung dieſer Tagfahrt das Recht erlangt, das Verwaltungs- und Realiſirungsgeſchäft ſelbſtſtändig, in der Regel ohne gerichtliche Dazwiſchenkunft zu führen (§. 144), weil die §§. 147 u. 148 die Einholung der Ermächtigung des Concurscommiſſärs, beziehentlich des Concursgerichtes zur Vornahme der dort bezeichneten Geſchäfte und Rechtshandlungen ausdrücklich nur für den Fall vorſchreiben, wenn ſie noch vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt unternommen werden, hingegen nach Abhaltung dieſer Tagfahrt die Veräußerung beweglicher Maſſegüter in einer anderen Weiſe, als im Executionsverfahren beſtimmt iſt, auf Grund eines von dem Gläubigerausſchuſſe mit dem Maſſeverwalter nach §. 140 gefaßten Beſchluſſes und die Veräußernng von Immobilien mit partieller oder gänzlicher Umgehung der Vorſchriften des Executionsverfahrens auf Grundlage eines nach §. 144 zu Stande gekommenen Beſchluſſes der Gläubigerſchaft geſtatten, ohne hiefür auch noch die Einholung der Ermächtigung des Concurscommiſſärs zu verlangen. Von der Einvernehmung des Gemeinſchuldners und einem Einſpruchsrechte desſelben wird aber nur in dem Falle des §. 146, wo es ſich um die Realiſirung von gewiſſen dort bezeichneten Forderungen und Bezugsrechten des Cridars handelt, Erwähnung gemacht, welcher Fall hier nicht eintritt, da von dem beſchloſſenen Verkaufe der Güter des B'ſchen Concurſes die Maſſeforderungen überhaupt ausdrücklich ausgeſchloſſen worden ſind.

Nr. 4795.

Gewährung des Armenrechtes an den Indoſſatar ohne Nachweis der Mittelloſigkeit des Indoſſanten.

Entſch. v. 27. Nov. 1872, Nr. 12091 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Lemberg v. 2. Nov. 1871, Nr. 61120 und des O. L. G. Lemberg v. 7. Mai 1872, Nr. 16306). G. H. 1873, S. 39.

Für den von ihm als Indoſſatar gegen B eingeleiteten Wechſelproceß begehrte A unter Vorlage eines ordnungsmäßigen Zeugniſſes ſeiner Mittelloſigkeit die Gewährung des Armenrechtes und wurde von beiden Untergerichten abgewieſen, weil er nicht zugleich das Zeugniß der Armuth ſeines Indoſſanten beibrachte, welches nach der Min.-Verordn. v. 4. September 1852, Nr. 30830 und Tarifpoſt 75 des Gebührengeſetzes unumgänglich erforderlich ſei.

In Erwägung, daß das von A producirte Mittelloſigkeitszeugniß der Vorſchrift des Hofdcr. v. 26. Juli 1840, J. G. S. Nr. 457, entſpricht, und der §. 6 desſelben auch dem Ceſſionär, wenn er nach dem Geſetze auf das Armenrecht perſönlich Anſpruch hat, das Armenrecht zugeſteht; daß die Vorſchrift, wonach der das Armenrecht anſprechende Indoſſatar auch das Armuthszeugniß des Indoſſanten beibringen muß, aus dem Finanz-Miniſt.-Erlaſſe vom 4. September 1852, Nr. 30830, nicht zu entnehmen iſt und ebenſo wenig aus Tarifpoſt 75 und dem §. 6 des citirten Hofdecretes, — hat der oberſte Gerichtshof dem A das Armenrecht bewilligt.

Nr. 4796.

Zuläſſigkeit des a. o. Reviſionsrecurſes gegen Entſcheidungen über Geſuche um Verlängerung der Pränotationsrechtfertigungsfriſt.

Entſch. v. 27. Nov. 1872, Nr. 12143 (Abänd. der Decrete des K. G. Tarnopol v. 30. März 1872, Nr. 4001 und des O. L. G. Lemberg v. 18. Juni 1872, Nr. 13621). Spruchrepertorium Nr. 31. G. Z. 1872, Nr. 100. (Manz'ſche Sammlung I, S. 108.)

Der oberſte Gerichtshof hat dem a. o. Reviſionsrecurſe der A gegen die Beſcheide beider Untergerichte, welche das Geſuch der Recurrentin um Bewilligung einer zweijährigen Friſt zur Rechtfertigung einer gegen B erwirkten Pfandrechtspränotation abweiſen, ſtattgegeben, die angeſuchte Verlängerung der Inſtificirungsfriſt bewilligt und aus dieſem Anlaſſe die Aufnahme des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Die Zuläſſigkeit des a. o. Reviſionsrecurſes gegen gleichförmige Entſcheidungen der Gerichte erſter und zweiter Inſtanz über die Friſtwerbung zur Rechtfertigung einer Pränotation

ist nicht nach dem §. 130 des allgemeinen Grundbuchsgesetzes, sondern, mit Rücksicht auf die Bestimmung des zweiten Absatzes des §. 43 dieses Gesetzes, nach der Civilproceßordnung zu beurtheilen.

Nr. 4797.

Forum contractus: Begründung desselben durch Annahme einer die Clausel: „zahlbar in . . .“ enthaltenden Rechnung?

Entsch. v. 28. Nov. 1872, Nr. 12156 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 7. Mai 1872, Nr. 25188, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 23. Oct. 1872, Nr. 13689). Jur. Bl. 1873, Nr. 6.

Der Inhaber eines Geschäftes für Besorgung von Annoncen belangte den in Mähren etablirten Kaufmann B bei dem H. G. zu Wien wegen Zahlung des Saldo von 34 fl. für die Expedition von Zeitungsinseraten und begründete die Zuständigkeit des besagten Gerichtes als forum contractus (§. 43 J. N.) mit der Anführung, daß der Beklagte die ihm eingesandte, mit dem Zusatz: „Zahlbar in Wien“ versehene Rechnung ohne Einsprache angenommen habe.

Der oberste Gerichtshof hat in Folge der von B vorgebrachten Incompetenzeinrede die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes mit folgender Begründung ausgesprochen: Da der in der Rechnung nebst der Bemerkung „Netto comptant und etwaige Ausstellung erbitte innerhalb einiger Tage“ vorkommende Beisatz „zahlbar in Wien“ der in dem Art. 325 H. G. B. aufgestellten Regel entspricht, daß Geldzahlungen dem Gläubiger an den Ort der Handelsniederlassung, respective an den Wohnort desselben zu übermachen sind, so kann darin, daß der Beklagte gegen diesen Beisatz keine Einsprache erhob, dessen Unterwerfung unter den Gerichtsstand der Wiener Gerichte im Sinne des §. 43 J. N. nicht gefunden werden. Denn es war für ihn nicht offenbar erkenntlich, daß der Kläger durch den Beisatz „Zahlbar in Wien“ ihm eine über die gesetzliche Verpflichtung hinausgehende, besondere Folgen für den Gerichtsstand nach sich ziehende Verbindlichkeit auferlegen wollte, und es kann daher sein Stillschweigen nicht als Zustimmung zu einem Vertrage gelten, nach welchem er sich verpflichtete, die Zahlung in Wien zu leisten.

Nr. 4798.

Auslegung des von einem Gutsverwalter ertheilten Verſprechens der Rückzahlung eines für das verwaltete Gut aufgenommenen Darlehens.

Entſch. v. 3. Dec. 1872, Nr. 10456 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Stanislau v. 3. Juni 1871, Nr. 2627 und des O. L. G. Lemberg v. 24. Oct. 1871, Nr. 27017). G. H. 1873, S. 243.

Die Klage des A gegen die Brüder B unter Vertretung ihres Güterverwalters C und gegen den Letzteren in eigener Perſon wegen Zahlung einer Darlehensſchuld von 830 fl. war auf die angeführte Thatſache der Hingabe des Darlehens und der Verwendung desſelben für die Güter der B, und was den mitbeklagten C betrifft, darauf gegründet, daß derſelbe die Zurückzahlung verſprochen habe, hiemit der Zahlungsverbindlichkeit der Anleiher als Mitſchuldner beigetreten und daher in solidum mitverpflichtet ſei (§. 1347 a. b. G. B.). — Von beiden Untergerichten wurde nebſt dem B, unter der Bedingung des durch den Haupteid erbrachten Beweiſes dieſes Zahlungsverſprechens, auch C in solidum zur Zahlung der Darlehensſchuld verurtheilt.

Der oberſte Gerichtshof ſprach den C unbedingt klagefrei, weil bei dem Umſtande, daß C an dem Darlehensgeſchäfte als Verwalter der Güter der B theilnahm und das Darlehen zur Verwendung für dieſe Güter beſtimmt war, ſeiner Zuſage, die Zahlung zu leiſten, nur die Deutung gegeben werden kann, daß er die Zahlung aus den Einkünften der von ihm verwalteten Güter leiſten werde, nicht aber, daß er der Verbindlichkeit der Darlehensnehmer als Mitſchuldner beitrete.

Nr. 4799.

Cautio actoria: Selbſtſtändiger Betrieb eines Gewerbes am Gerichtsorte.

Entſch. v. 3. Dec. 1872, Nr. 12388 (Beſt. des das Decr. des B. G. Alſergrund in Wien v. 6. Sept. 1872, Nr. 13722, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 8. Oct. 1872, Nr. 19535). Jur. Bl. 1873, Nr. 8.

Auf die Klage des B gegen B peto. Zahlung der von A dem Beklagten gelieferten Billards, begehrte der Letztere, daß dem Kläger die Leiſtung der actoriſchen Caution aufgetragen werde. A proteſtirte dagegen, indem er ſich mit dem Gewerbſcheine als Tiſchlermeiſter in Wien, dem Orte des angerufenen Gerichtes, auswies und hervorhob, daß die eingeklagte Forderung eine Gewerbsforderung iſt. — Das Gericht erſter Inſtanz legte ihm die actoriſche Caution auf. — Das O. L. G. entſchied, daß A die Caution nicht zu leiſten habe, weil die Umſtände, daß der Kläger im Gerichtsorte wohnt und das Schreiner-

gewerbe ſelbſtſtändig (als Meiſter) betreibt, genügen, um in dem Sinne des §. 406 a. G. O., der eine die Erlangung der Rechtshilfe zu ſehr erſchwerende Auslegung nicht zulaſſe, den eventuell von ihm zu leiſtenden Erſatz der Proceßkoſten als geſichert betrachten zu können.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Entſcheidung des O. L. G. aus den nämlichen Gründen und in der Erwägung, daß die Klage auf Hereinbringung einer Gewerbsforderung des A gerichtet iſt.

Nr. 4800.

Perſönlicher Anſpruch auf Reſtitution einer Liegenſchaft: Unzuläſſigkeit der grundbücherlichen Anmerkung des Streites.

Entſch. v. 3. Dec. 1872, Nr. 12390 (Beſt. des das Decr. des L. G. Wien v. 7. Juni 1872, Nr. 33371, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v 6. Auguſt 1872, Nr. 15211). G. H. 1873, S. 72. Jur. Bl. 1873, Nr. 7.

Die Klage des A gegen B beruhte darauf, daß der Beklagte das dem Kläger gegebene Verſprechen der Einlöſung einer auf dem Hauſe des Letzteren intabulirten Forderung, wegen welcher das Haus in Execution gezogen war, nicht erfüllte, das Haus bei der executiven Feilbietung kaufte und ſich als Eigenthümer desſelben intabuliren ließ, — und ſchloß mit dem Begehren, daß B verurtheilt werde, das Haus herauszugeben, eventuell Schadenerſatz zu leiſten. — Auf Anſuchen des A wurde von dem Proceßgerichte nach §. 61 des Grundbuchsgeſetzes die grundbücherliche Anmerkung des Streites bewilligt. Das O. L. G. verweigerte die Anmerkung.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die Entſcheidung der zweiten Inſtanz, weil A in ſeiner Klage die Einverleibung des Eigenthums des Beklagten an dem Hauſe, die auf Grund des gerichtlichen Beſcheides erfolgte, mit welchem ihm das erſtandene Haus, nach vorgängiger Genehmigung des Kaufſchillingsvertheilungsentwurfes durch den A, eingeantwortet worden iſt, nicht als ungiltig beſtreitet, noch die Wiederherſtellung des vorigen bücherlichen Standes begehrt (§. 61 Grundb.-G.), ſondern die Herausgabe des Hauſes aus dem Grunde eines zwiſchen ihm und dem Beklagten angeblich beſtehenden Rechtsverhältniſſes fordert, daher der citirte Paragraph des Grundb.-G. nicht zur Anwendung kommt.

Nr. 4801.

Geſetzliches Pfandrecht des Vermiethers: Getrennte Haftung der in verſchiedene an dieſelbe Perſon vermiethete Localitäten eingebrachten Fahrniß.

Entſch. v. 4. Dec. 1872, Nr. 12276 (Abänd. der Decr. des Handels- und Seegerichtes Trieſt v. 26. Juli 1872, Nr. 6638 und des O. L. G. Trieſt v. 24. Auguſt 1872, Nr. 4072). Gazz. dei Trib. 1873, Nr. 6.

A hatte dem C mit Vertrag vom 8. März 1868 in ſeinem Hauſe im zweiten Stocke eine Wohnung und mit Vertrag vom 4. März 1869 in demſelben Hauſe zur ebenen Erde ein von C als Comptoir benutztes Gelaß vermiethet. Auf das Einſchreiten des B, Gläubigers des Miethmannes, wurden alle in der Wohnung und im Comptoir des Letzteren befindlichen Mobilien in Execution gezogen und verſteigert. Die Forderung des A für die Miethe des Comptoirs war durch den Erlös aus den Comptoirmobilien, an welchen ihm für dieſe Forderung unzweifelhaft das geſetzliche Pfandrecht nach §. 1101 a. b. G. B. zuſtand, bei Weitem nicht gedeckt; er glaubte nun für den unbedeckten Theil das geſetzliche Pfandrecht auf den Erlös aus den Möbeln der Wohnung des C im zweiten Stockwerke geltend machen zu können, weil C auch dieſe Wohnung von ihm gemiethet hatte, und kam dadurch in Colliſion mit dem Pfandgläubiger B.

Der oberſte Gerichtshof entſchied gegen A zu Gunſten des B, indem er erklärte, daß in dem Falle, wo der Hauseigenthümer einer und derſelben Perſon mehrere Localitäten ſeines Hauſes durch von einander getrennte Verträge vermiethet hat, demſelben das geſetzliche Pfandrecht für den Miethzins von der mit dem einen Vertrage vermietheten Localität nur an der in dieſer eingebrachten Fahrniß, für den Miethzins von der mit dem anderen Vertrage vermietheten Localität nur an der in der letzteren befindlichen Fahrniß zuſteht.

Nr. 4802.

Fund eines Schatzes durch den Miether: Nachweis des bücherlichen Eigenthumes als Vorausſetzung der Geltendmachung des Anſpruches des Vermiethers auf die Hälfte.

Entſch. v. 5. Dec. 1872, Nr. 12204 (Beſt. des Urth. des B. G. Kalſching v. 30. Juni 1872, Nr. 1260, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 3. Oct. 1872, Nr. 25791). Jur. Bl. 1873, Nr. 3.

B hat in einer von ihm gemietheten Kammer in dem Hauſe Nr. 12 zu X, als er eine Grube zur Aufbewahrung von Kartoffeln öffnete, unter der Erdoberfläche einen in Silbermünzen beſtehenden Schatz gefunden und ohne der Behörde die Anzeige davon zu machen, an einen Hauſirer verkauft. A, als Eigenthümer des erwähnten Hauſes,

belangte nun den B auf Grund des §. 399 a. b. G. B. und des Hofdcr. v. 16. Juni 1846, J. G. S. Nr. 970, wegen Zahlung von 482 fl. 50 kr. als der Hälfte der vom Beklagten aus dem Verkaufe des Schatzes gelösten Geldsumme. Da B dem Kläger das Eigenthum des Hauses bestritt, erbot sich dieser durch den dem B rückschiebbar aufgetragenen Haupteid den Umstand zu beweisen, daß er das Haus von C gekauft habe. — Auf diesen Eid erkannte das O. L. G. und machte davon die Proceßentscheidung abhängig.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das den Kläger unbedingt abweisende Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Durch den in zweiter Instanz zugelassenen Haupteid kann der dem Kläger obliegende Eigenthumsbeweis nicht erbracht werden, weil für den Eigenthümer einer unbeweglichen Sache nur Derjenige gilt, der als solcher in dem Grundbuche eingetragen ist (§. 431 a. b. G. B.). Der Kläger hat aber nicht einmal angeführt, daß er grundbücherlicher Eigenthümer des Hauses sei. Der Inhalt des zugelassenen Haupteides würde übrigens nicht einmal genügen, um nur den Rechtstitel des Klägers zu dem Eigenthume des Hauses zu beweisen, weil es sich nicht von selbst versteht, daß C, von dem er das Haus mit Kaufvertrag vom 31. Juli 1870 erworben haben will, wirklicher Eigenthümer desselben im vollen Sinne des österr. Civilrechtes war und daß die — von dem Kläger nicht producirte — Kaufsurkunde in rechtswirksamer Weise errichtet worden ist. Der Kläger hat somit die rechtliche Voraussetzung seines Anspruches nicht bewiesen und mag sich, wenn er in der That der grundbücherliche Eigenthümer des Hauses ist und den leicht zugänglichen urkundlichen Beweis davon nicht erbracht hat, die Folgen seiner nachlässigen Proceßführung selbst zuschreiben.

Nr. 4803.

Störung im Rechtsbesitze?

Entsch. v. 10. Dec. 1872, Nr. 11952 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Sebenico v. 2. April 1872, Nr. 2888 und des O. L. G. Zara vom 4. Juli 1872, Nr. 3075). Gazz. del Trib. 1873, Nr. 16.

A belangte den B in possessorio summariissimo, indem er anführte, 1. daß B in der die Haushöfe beider Theile scheidenden Mauer die Oeffnung, durch die das Wasser von dem Hofe des A in jenen des B abfloß, verschlossen habe und 2. daß B die Errichtung einer kleinen Mauer unternommen habe, um das in der Scheidemauer der Ställe beider Theile auf der Seite des Klägers angebrachte, in den Stall des Beklagten gehende Fenster zu verbauen, respective dem Kläger Licht, Luft und Aussicht zu benehmen. — Das Gericht erster Instanz hat aus den nachstehenden Gründen das Klagebegehren in dem Punkte 1 zugelassen und in dem Punkte 2 abgewiesen: Ad 1 macht der Kläger den Besitz der bejahenden Dienstbarkeit Nr. 7 des §. 475 a. b. G. B.

geltend. Durch die Aussagen der meisten Zeugen und durch den Sachbefund ist festgestellt, das das Wasser von dem Hofe des Klägers immerdar in den von ihm bezeichneten Canal auf den Hof des Beklagten abfloß, und wenn einige von den Zeugen zur Zeit, als der Beklagte Eigenthümer des dem Kläger benachbarten Hauses ward, den Canal schon geschlossen fanden, war nach der Aussage der übrigen Zeugen der Verschluß nicht so geartet, um den Besitzer des praedium dominans an der Ausübung der Servitut zu verhindern, da er mit Leichtigkeit das angebrachte Hinderniß wegräumen und in dem Rechtsbesitze sich erhalten konnte. Dieser Besitz wurde daher erst neuestens durch das ad 1 bezeichnete Vorgehen des Beklagten gestört und deshalb muß dem ad 1 gestellten Klagebegehren stattgegeben werden, ohne daß die Thatsache des von dem Beklagten bereits vollendeten Werkes der Verschließung entgegenstände, weil nach §. 5 der a. h. Resolution vom 2. März 1830, in Dalmatien kundgemacht mit Gubernialnotification vom 9. November 1830, Nr. 23047 (gleichlautend mit §. 5 der kaiserl. Verordn. v. 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12), in possessorio summariissimo durch die richterliche Verfügung der gestörte Besitz, mithin der status quo ante wieder hergestellt werden soll. — Ad 2 aber handelt es sich um den Besitz der verneinenden Servitut Nr. 10 und 11 des §. 476 a. b. G. B., des Rechtes, dem Beklagten die Errichtung einer Mauer auf eigenem Grunde zu verwehren. Da nun der Letztere das Eigenthum des senkrecht über seinem Grunde befindlichen Luftraumes hat und damit nach Belieben verfügen darf (§§. 297 und 362 a. b. G. B.), so hätte der Kläger eine Beschränkung dieses Rechtes im Sinne des §. 523 ibid. beweisen müssen, weil Servituten nicht vermuthet werden. Das Vorhandensein des Fensters auf der Seite des Klägers liefert aber noch nicht den Beweis der Dienstbarkeit des Lichtes, der Luft und Aussicht, zumal in dem vorliegenden Falle nicht, wo nach den gepflogenen Erhebungen diese Vortheile dem Besitzer des angeblichen praedium dominans durch das Fenster nicht gewährt werden. Bei dieser Sachlage und da in keiner Weise festgestellt wurde, daß der Beklagte selbst sein Recht an dem eigenen Grunde beschränkt habe, ist die Frage, ob er zur Errichtung der Mauer, wodurch das Fenster des Klägers verbaut wurde, berechtigt sei, der Cognition in possessorio summariissimo entzogen und dem ordentlichen Rechtswege vorzubehalten. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, und zwar ad 1 aus den Gründen der ersten Instanz, ad 2 in der Erwägung, daß der Beklagte mit dem Baue der Mauer noch nicht die Höhe des Fensters des Klägers erreicht, mithin noch keine den Besitz des Letzteren störende Handlung gesetzt, sondern nur dessen Rechte bedroht, dadurch allein aber seinen Besitz nicht gestört hat.

Der oberste Gerichtshof verwarf den von beiden Theilen ergriffenen a. o. Recurs, ad 1 aus den Gründen der ersten Instanz, ad 2 aus jenen des O. L. G.

Nr. 4804.

Vermögensübertragung inter vivos: Singular- oder Universalſucceſſion? Umfang der Haftung des Uebernehmers für die Schulden.

Entſch. v. 10. Dec. 1872, Nr. 12268 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Tolmein v. 31. Auguſt 1871, Nr. 1950 und des O. L. G. Trieſt v. 11. Mai 1872, Nr. 1521). G. Z. 1873, Nr. 88.

In der Klage des A wider B peto. Zahlung von 300 fl. nebſt Anhang wurde angeführt, daß dieſe Summe im Jahre 1859 den Eheleuten C dargeliehen worden ſei und daß mit Vertrag vom Jahre 1867 der Beklagte B von den urſprünglichen Schuldnern das geſammte Vermögen übernommen und ſich ausdrücklich verpflichtet habe, alle ihre zu dieſer Zeit beſtehenden Schulden zu bezahlen. Der Beklagte wendete die Zahlung ein und beſtritt ſeine Eigenſchaft als Univerſalrechtsnachfolger. — Beide Untergerichte betrachteten den Beklagten als Univerſalſucceſſor der Darlehensſchuldner C in Folge des erwähnten Uebernahmevertrages und erkannten auf den Beweis der von dem Beklagten eingewendeten Zahlung mittelſt des Haupteides.

Von dem oberſten Gerichtshofe wurde die Klage unbedingt abgewieſen. Gründe: Es fehlt jeder Beweis, daß der Beklagte Univerſalrechtsnachfolger der urſprünglichen Schuldner ſei; die Ableitung eines ſolchen Beweiſes aus der Uebergabsurkunde iſt eine ganz ungegründete und ungeſetzliche; der Vertrag, worüber jene Urkunde ausgefertigt wurde, hat nicht eine Univerſalrechtsnachfolge, ſondern nur die Uebertragung eines beſtimmt bezeichneten Vermögens zum Gegenſtande. Laut Art. 1 wurde dieſes Vermögen zwar mit Laſt und Vortheil übertragen; allein unter Laſt können nach §. 443 a. b. G. B. nicht die perſönlichen Verbindlichkeiten der früheren Beſitzer verſtanden werden. Daß die jetzt eingeklagte Schuld der Eheleute C bücherlich auf den Realitäten, welche übergeben wurden, haftete, wird von dem Kläger gar nicht behauptet. Daß mit jenem Vertrage nicht alle Schulden der Uebergeber an den Uebernehmer übertragen werden ſollten, geht auch daraus hervor, daß im Art. 3 jene Schulden namentlich angeführt erſcheinen, welche in das Zahlungsverſprechen des Beklagten zu übergehen hatten. Da unter dieſen Schulden die jetzt eingeklagte ſich nicht befindet, ſo folgt, daß mit jenem Vertrage der Beklagte deren Zahlung nicht übernahm. Da ſomit der Beklagte weder Univerſalrechtsnachfolger der Schuldner C iſt, noch mit dem Uebergabsvertrage die Zahlung aller Schulden derſelben oder der jetzt eingeklagten Schuld insbeſondere übernommen hat; da dieſe Schuld auch nicht auf dem übertragenen Vermögen bücherlich haftete, ſo kann er aus dieſem Titel zur Zahlung nicht verurtheilt, noch der Beweis der erfolgten Zahlung ihm auferlegt werden.

Nr. 4805.

Verpflichtung zur pünktlichen Entrichtung von Zinsen bei Terminsverluſt: Beginn der Mora.

Entſch. v. 10. Dec. 1872, Nr. 12347 (Abänd. der Urth. des B. G. Patzau v. 30. April 1872, Nr. 1012 und des O. L. G. Prag v. 9. Sept. 1872, Nr. 26232). G. H. 1873, S. 238.

Auf der Liegenſchaft des B iſt für die A ein verzinsliches Capital von 1050 fl. intabulirt mit der bücherlichen Anmerkung, daß, ſolange die A in der Obſorge ihrer Eltern iſt, die Zinſen des Capitals den letzteren gebühren, daß das Capital ſelbſt der A in dem Zeitpunkte ihrer Verehelichung, ſpäteſtens nach erreichter Großjährigkeit auszuzahlen iſt, daß aber, wenn die Zinſen 6 Wochen nach ihrer Verfallzeit nicht gezahlt werden, dasſelbe ſofort ſoll eingetrieben werden können. Im Jahre 1864 waren die Eltern der A bereits geſtorben. Seit dieſer Zeit bezahlte B keine Zinſen und wurde nun im Jahre 1871 von dem Vormund der noch minderjährigen A mit der Hypothekarklage auf Zahlung des Capitals und der dreijährigen Intereſſen, von der Klage zurückgerechnet, belangt. — Das Gericht erſter Inſtanz verurtheilte den C nur zur Zahlung der Zinſen und wies die A mit der Capitalsforderung für dermalen ab, weil die Zahlung des Capitals nur dann gefordert werden könnte, wenn der Beklagte die Zahlung der Zinſen verzögert hätte, ein ſolcher Verzug ihm aber nicht zur Laſt fällt, nachdem er von dem Tode der Nutznießer nicht verſtändigt worden iſt, was leicht durch die grundbücherliche Löſchung des Rechtes der verſtorbenen Nutznießer oder durch die nach ihrem Tode an den B gerichtete Aufforderung zur Zahlung der Zinſen an die A, hätte geſchehen können. — Von dem O. L. G. wurde auch der Zinſenanſpruch der A abgewieſen, weil dem B gegenüber, der nur Hypothekarſchuldner iſt, das intabulirte Zinſenbezugsrecht der Eltern der A mit dem Tode derſelben ipso facto nicht erloſchen iſt, ſondern bis zur grundbücherlichen Löſchung des Nutzgenuſſes auf der Liegenſchaft des B fortan haftet, mithin B bis zu dieſer Löſchung die Zinſen der A nicht zahlen kann.

Der oberſte Gerichtshof verurtheilte den B zu dem gerichtlichen Erlage (worauf das Klagebegehren nachträglich beſchränkt worden war) des Capitals und der Zinſen. Gründe: Es unterliegt keinem Zweifel, daß dem B wegen der ſeinerſeits unterbliebenen Zinſenzahlung ein Verzug zur Laſt fällt, da die Zinſen jedes Jahr abzuſtatten waren (§. 997 a. b. G. B.), mithin B, um in Mora zu verfallen, nicht erſt zur Zahlung derſelben gemahnt werden mußte. Er kann ſeine Saumſeligkeit nicht damit entſchuldigen, daß ihm der Tod der zum Fruchtgenuß des Capitals berechtigten Eltern der A nicht beſonders bekannt gegeben wurde, weil die auf ſeiner Liegenſchaft pfandrechtlich haftende Verpflichtung zur Zahlung der Zinſen eine unbedingte iſt. Konnte er die Zahlung weder den Eltern der A, da ſie geſtorben

waren, noch der A leiſten, weil der Fruchtgenuß der Erſteren noch intabulirt iſt, ſo mußte er, um gegen den Vorwurf der Saumſal geſchützt zu ſein, die verfallenen Zinſen zur rechten Zeit nach §. 1425 a. b. G. B. bei dem Gerichte deponiren. Da er dieſe Vorſicht unterließ, ſo treffen ihn die ſtipulirten Folgen ſeiner Saumſal: er muß nun auch das Capital zurückzahlen oder die Hereinbringung desſelben aus der Hypothek geſtatten. Statt der Zahlung des Capitals und der Zinſen war ihm aber die gerichtliche Deponirung nach §. 1425 a. b. G. B. aufzuerlegen, weil einerſeits die noch minderjährige A zur Empfangnahme nicht berechtigt und andererſeits das Fruchtgenußrecht ihrer Eltern in dem Grundbuche noch nicht gelöſcht iſt.

Nr. 4806.

Competenz für Streitigkeiten über Störung im Beſitze von Waſſerrechten.

Entſch. v. 10. Dec. 1872, Nr. 12665 (Beſt. des das Decr. des B. G. Wels v. 25. Februar 1872, Nr. 721, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 5. Nov. 1872, Nr. 21030). Spruchrepertorium Nr. 32. G. Z. 1872, Nr. 104. (Manz'ſche Sammlung I, S. 108.)

Die Kläger behaupten, im Beſitze ihres Fiſchereirechtes im Traunfluſſe dadurch geſtört worden zu ſein, daß die Geklagten die ihnen den Waſſerzufluß zu ihren Werken beeinträchtigenden Weidengeflechte im Fiſchwaſſer herausreißen ließen. — Das Gericht erſter Inſtanz entſchied mit Verwerfung der Einwendung der Incompetenz der Gerichte nach dem Klagebegehren. — Das O. L. G. verwies die Sache an die politiſchen Behörden. — Dagegen ergriffen die Kläger den Reviſionsrecurs, in welchem ſie anführten, daß nach §. 3 Abſ. 2 des Reichsgeſetzes vom 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93, womit auch §. 3 des öſterr. Landesgeſetzes correſpondire, die den Beſitz ſchützenden Vorſchriften des allgem. bürgerl. Rechtes für fortbeſtehend erklärt worden ſeien. Gegenſtand der vorliegenden Störung ſei grundbücherliches Eigenthum. Auf ſolche Privatrechte finde §. 75 des Landesgeſetzes vom 28. Auguſt 1870, welcher alle Angelegenheiten, die ſich auf die Benützung, Leitung und Abwehr der Gewäſſer beziehen, den politiſchen Behörden zuweiſt, keine Anwendung. Es handle ſich nicht um ein Waſſerrecht, ſondern um Störung des Eigenthumsrechtes.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die oberlandesgerichtliche Verfügung, weil abgeſehen davon, daß es ſich nicht blos auf Seite der Geklagten um das Gerinne eines zum Betriebe ihrer Waſſerwerke erforderlichen Gewäſſers, ſondern auch auf Seite der Kläger um in einem öffentlichen Gewäſſer angebrachte Anlagen handelt, die als Beſitzſtörung angezeigte Handlung mit einer von der politiſchen Behörde über die Benützung jenes Gewäſſers erlaſſenen Anordnung im Zu-

ſammenhange ſteht, wonach bei den hier eintretenden öffentlichen Rückſichten die Regelung der collidirenden Benützungsanſprüche und die Abſtellung eines vorgekommenen Uebergriffes der politiſchen Behörde überlaſſen werden muß.

Unter Einem wurde die Aufnahme des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: Der zweite Abſatz des §. 3 des Geſetzes vom 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93, läßt die Frage, ob Beſitzſtörungsſtreitigkeiten vor den Gerichten auszutragen ſeien, unberührt, indem er nur die im erſten Abſatze beigefügte Ausnahme auch auf den nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu ſchützenden Beſitz ausdehnt.

Nr. 4807.

Pränotation einer Forderung ohne Nebengebühren: Umfang der Haftung der Hypothek.

Entſch. v. 12. Dec. 1872, Nr. 12587 (theilweiſe Beſt. des das Urth. des K. G. Tarnow v. 26. April 1872, Nr. 5588, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 18. Sept. 1872, Nr. 10386). G. H. 1873, S. 304.

Die Wechſelforderung des A gegen C im Betrage von 600 fl. war auf der Liegenſchaft des B ohne Nebengebühren pränotirt. Nach eingetretener Fälligkeit der Forderung erwirkte A gegen C das Urtheil auf Zahlung derſelben, der ſeit dem Verfallstage erwachſenen Verzugszinſen und der Proceßkoſten. Da er von dem Verurtheilten nicht befriedigt wurde, forderte er mit der Hypothekarklage von B die Zahlung der 600 fl. und der ihm zugeſprochenen Morazinſen und Proceßkoſten. Es entſtand nun die Frage, ob dem A das Pfandrecht an der Liegenſchaft des B auch für dieſe Zinſen und Koſten zuſtehe. Der Kläger gründete ſeinen Anſpruch darauf, daß dieſelben nach §. 912 a. b. G. B. Nebengebühren der Hauptſchuld ſeien, das der Hauptſchuld dienende Pfand aber auch für die Nebengebühren hafte, weil der Rechtsgrund für die eine und die andere derſelbe ſei und das dem Pfandgläubiger nach den §§. 447 und 466 a. b. G. B. zuſtehende Recht auf volle Befriedigung auch das Recht auf die Zahlung der Nebengebühren in ſich begreife, welch' Letzteres nur in dem Falle des Zuſammentreffens mehrerer Pfandgläubiger im Executionsverfahren und in dem Concursproceſſe einer Beſchränkung unterliege.

Der oberſte Gerichtshof erklärte den Anſpruch des Klägers für unbegründet, weil die Liegenſchaft des Beklagten, auf der die Forderung ohne Nebengebühren pränotirt iſt, in Folge der Pränotation nur für die Hauptforderung pfandrechtlich haftet.

Nr. 4808.

Actio venditi gegen den gewesenen Vorstand eines aufgelösten Consumvereines. — Versprechen der Verwendung für die Bezahlung einer Schuld.

Entsch. v. 17. Dec. 1872, Nr. 12177 (Abänd. der Urth. des B. G. Krakau v. 10. Juni 1871, Nr. 8623 und des O. L. G. Krakau v. 29. Dec. 1871, Nr. 11383). G. Z. 1873, Nr. 59.

A gründete sein gegen B als gewesenen Vorstand des bereits aufgelösten Beamten-Consumvereines in Krakau gerichtetes Klagebegehren wegen Zahlung der 157 fl. betragenden Restsumme des Kaufpreises für verschiedene dem gedachten Vereine gelieferte Lebensmittel darauf, daß a) Belangter die ihm vom Consumvereine ertheilte Vollmacht überschritten habe, da er Waaren auf Borg genommen, obwohl ihm keine zur Bezahlung derselben ausreichenden Mittel des Vereines zu Gebote standen, er somit für die Folgen seiner Handlungsweise verantwortlich sei (§. 1009 a. b. G. B.) und b), daß der Beklagte diese Forderung im Namen des Vereines anerkannt und sich verpflichtet habe, für deren Bezahlung sich zu verwenden (§. 881 a. b. G. B.). — Der Beklagte entgegnete, daß er als Mitglied des bestandenen Consumvereines zur Bezahlung des angesprochenen Betrages nicht angehalten werden könne, weil gemäß §. 16 der Vereinsstatuten die Vereinsmitglieder für die Schulden des Vereines nur mit ihren Jahresbeiträgen haften und er seinen Verpflichtungen dem Consumvereine gegenüber nachgekommen sei; als Vorstand des Vereines aber habe er als Bevollmächtigter desselben gehandelt und sei gemäß §. 1017 a. b. G. B. für die im Namen des Vereines eingegangenen Verbindlichkeiten nicht verantwortlich, zumal er seinen Wirkungskreis nicht überschritten habe; denn nach dem klaren Wortlaute des §. 23 der Vereinsstatuten sei ihm und dem Verwaltungscomité die Benützung des Vereinscredites frei gestanden. Indem der Belangte ferner widersprach, daß er die eingeklagte Forderung anerkannt und daß er für die Bezahlung derselben sich zu verwenden versprochen habe, führte er an, daß, wenn auch diese Behauptung des Klägers wahr wäre, derselbe doch nur berechtigt sein würde, von ihm die Erfüllung der vermeintlichen Verbindlichkeit, d. i. die Verwendung, daß die streitige Forderung berichtigt werde, nicht aber die Zahlung zu verlangen (§. 919 a. b. G. B.), insbesondere da er, der klägerischen Behauptung zufolge, für den Erfolg nicht ausdrücklich eingestanden ist (§. 881 a. b. G. B.). — Das Gericht erster Instanz hat in Würdigung dieser Ausführungen des Belangten den Kläger unbedingt abgewiesen. — Von dem O. L. G. wurde dem Klagebegehren unter der Bedingung des Beweises (mittelst Haupteid) der vom Kläger ad b angeführten Umstände aus folgenden Gründen stattgegeben: Indem der Belangte als Vorstand des Consumvereines Lebensmittel vom

Kläger auf Borg genommen, hat er in den Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht gehandelt und kann deshalb für die Folgen seines Gebahrens nicht zur Verantwortung gezogen werden (§§. 1017 und 1009 a. b. G. B.). Anders verhält sich die Sache mit dem vom Kläger behaupteten Versprechen des Belangten, sich dafür zu verwenden, daß die eingeklagte Summe bezahlt werde. Denn nach §§. 881 a. b. G. B. muß derjenige, der seine Verwendung bei einem Dritten versprochen hat oder gar für den Erfolg eingestanden ist, die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen. Wenn nun der Kläger die Umstände ad b darthut, so wird der Geklagte verpflichtet sein, ihm den angesprochenen Betrag zu bezahlen. Der Belangte behauptet nämlich nicht, daß er das Geeignete eingeleitet hat, um die Befriedigung der Forderung des Klägers zu erlangen und da gegenwärtig in Folge der Auflösung des Beamten-Consumvereines die Verwendung nicht möglich ist, — so ist der Geklagte im Grunde des §. 1295 a. b. G. B. für den durch die Nichterfüllung der übernommenen Pflicht verursachten Schaden verantwortlich. Was aber die Höhe des zugefügten Schadens anbetrifft, so kommt derselbe dem eingeklagten Betrage gleich, weil nach der Behauptung des Klägers der Belangte sich verbindlich gemacht hat, sich zu verwenden, daß dieser Betrag bezahlt werde.

Der oberste Gerichtshof erkannte nur auf den Haupteid über das angebliche Versprechen des Belangten, sich für die Bezahlung des dem Kläger für die dem Beamten-Consumvereine zu Krakau gelieferten Lebensmittel gebührenden Kaufpreisrestes von 157 fl. zu verwenden, und eliminirte mithin aus der obergerichtlichen Eidesformel die von Seite des Beklagten geschehene Anerkennung dieser Forderung. Gründe: Der Beklagte hat in der Duplik den Bestand des Krakauer Beamten-Consumvereines und der vorgelegten Statuten desselben, so wie seine Eigenschaft als dessen Vorstand ausdrücklich anerkannt und nur geleugnet, mit dem Kläger wegen Lieferung der Lebensmittel im eigenen Namen unterhandelt zu haben, mithin stillschweigend die Unterhandlung in Vertretung des Vereines zugegeben. Er leugnete aber, daß er dem Kläger versprochen habe, sich für die Zahlung des Kaufschillingsrestes zu verwenden. Nur der über diesen Umstand angebotene Beweis durch den Haupteid ist entscheidend, indem einerseits die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung der Klagesumme aus dem Bevollmächtigungsverhältnisse, nämlich der Eigenschaft des Geklagten als Vorstand des gedachten Vereines nicht hervorgeht, wie von dem O. L. G. mit Beziehung auf die §§. 1017 und 1009 a. b. G. B. bereits ausgeführt wurde, andererseits aber diese Verpflichtung aus dem §. 881 a. b. G. B. resultirt, wenn das dem Kläger gemachte Versprechen, für die Bezahlung der ihm für die dem Vereine gelieferten Lebensmittel gebührenden Restsumme pr. 157 fl. sich zu verwenden, erwiesen wird, weil Geklagter nicht einmal behauptet, in dieser Be-

ziehung irgend welche Schritte gethan zu haben, daher ſeine Haftungspflicht für die eingeklagte Summe die offenbare Conſequenz der Beſtimmungen des §. 881 a. b. G. B. und des §. 1295 a. b. G. B. iſt. Es genügt demnach, die Zahlungspflicht des Geklagten von dem ihm aufgetragenen negativen Haupteid in der abgekürzten Form des oberſtrichterlichen Urtheiles abhängig zu machen, ohne daß es nöthig wäre, den Eid auf Anerkennung der Reſtforderung pr. 157 fl. auszudehnen, weil dieſe Anerkennung in dem über das gemachte Verſprechen zugelaſſenen Haupteide ſelbſtverſtändlich enthalten, und ſchon durch die Auslaſſungen der Duplik unmöglich geworden iſt.

Nr. 4809.

Unrechtliche Wette: Verſchweigung von Beweiſen, welche für die Wahrheit der aufgeſtellten Behauptung zu Gebote ſtehen.

Entſch. v. 17. Dec. 1872, Nr. 12758 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Primör v. 18. April 1872, Nr. 969 und des O. L. G. Innsbruck v. 4. Sept. 1872, Nr. 2757). Gazz. del Trib. 1873, Nr. 10.

B behauptete, den A am 13. November 1869 vor 4 Uhr Nachmittags in Primör auf dem Markte geſehen zu haben; A erwiderte, daß dies nicht möglich ſei, da er beſtimmt wiſſe, erſt nach 4 Uhr in Primör angekommen zu ſein. Darauf bot ihm B eine Wette an; A hielt dieſelbe und ſetzte 20 fl. gegen 200 fl. des B. Nachdem beide Wettſummen bei einem der anweſenden Zeugen deponirt worden waren, belangte A, welcher die Wette für gewonnen betrachtete, den B, indem er um Erkenntniß bat, daß B ſchuldig ſei, ihm die Erhebung der beiden Wettſummen bei dem Depoſitar zu geſtatten. Die von dem Kläger angeführten Zeugen beſtätigten, daß vor Abſchluß des Wettvertrages, bei welchem ſie gegenwärtig waren, derſelbe dem Beklagten erklärt hatte, die Stunde ſeiner Ankunft — nach 4 Uhr — in Primör beſtimmt zu wiſſen, und daß der Letztere trotz dieſer Verſicherung die Wette einging; die nämlichen Zeugen beſtätigten ferners, daß der Kläger an dem beſagten Tage in der That erſt nach 4 Uhr Nachmittags in Primör eintraf. — Auf Grund dieſer Sachlage und Beweisergebniſſe erkannten beide Untergerichte nach dem Klagebegehren.

Von dem oberſten Gerichtshofe wurde dagegen der Kläger abgewieſen. Gründe: Allerdings iſt die Behauptung des Klägers A, erſt nach 4 Uhr in Primör angekommen zu ſein, durch die Ausſagen mehrerer unbedenklicher Zeugen bewieſen worden. Allein als es zur Wette kam, verſchwieg er dem Beklagten, daß ihm acht Zeugen zu Gebote ſtehen, um die Wahrheit ſeiner Behauptung zu erhärten, und in dieſer Verſchweigung liegt eine von dem Kläger bei der Annahme der Wette geübte Argliſt, welche den Wettvertrag nach §. 1270

a. h. G. B. ungiltig macht, da dem verlierenden Theil B der Ausgang vorher nicht bekannt war, folglich derselbe nicht als Geschenkgeber anzusehen ist. Es wäre daher eine offenbare Ungerechtigkeit, dem Kläger die Wettsumme zuzuweisen, die sein Gegner deponirt hat, dessen Irrthum ihm klar war, und durch Zeugen, die der Kläger kannte, constatirt werden mußte. Wer einen so augenscheinlichen Irrthum benutzt und auf die ihm zu Gebote stehenden Beweise des Gegentheils den verblendeten Gegner nicht aufmerksam macht, handelt, indem er die von diesem angebotene Wette annimmt, nicht redlich.

Nr. 4810.

Execution auf eine Forderung des Executen wider den Executionsführer.

Entsch. v. 17. Dec. 1872, Nr. 12818 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Amstetten v. 7. Nov. 1872, Nr. 3327 und des O. L. G. Wien v. 19. Nov. 1872, Nr. 22846). G. Z. 1873, Nr. 8.

Mit dem Urtheile des B. G. Amstetten vom 13. September 1862 ist Anna A schuldig erkannt worden, ihrem Ehegatten, dem Franz A, den Betrag von 725 fl. zu zahlen. Am 18. November 1871 belangte dieselbe bei dem B. G. Gmunden den Franz A auf Zahlung von 172 fl. 50 kr. für geleistete Alimentation eines Kindes. Nach durchgeführtem Summarverfahren hat das B. G. Gmunden am 20. December 1872 wider den Franz A ein Urtheil geschöpft, womit der Anna A 103 fl. 80 kr. gegen Ablegung des ihr zurückgeschobenen Haupteides zuerkannt und sie zugleich mit dem Mehrbetrage abgewiesen wurde. Am 9. October 1872 und vor Rechtskraft des obigen Uetheiles hat Anna A den ihr zurückgeschobenen Haupteid beim B. G. Gmunden angetreten und ist hievon Franz A am 11. November 1872 verständigt worden, welcher aber inzwischen beim B. G. Amstetten am 6. November 1872 zur Hereinbringung des ihm hienach zuerkannten Betrages von 725 fl. wider die Anna A ein Executionsgesuch überreichte und zwar mit dem Begehren um executive Einantwortung, eventuell Pfändung des der Executin Anna A mit dem Urtheile des B. G. Gmunden vom 20. December 1872 wider ihn gegen Ablegung eines Haupteides zuerkannten Theilbetrages von 103 fl. 80 kr., wie auch des der Anna A in Folge ihrer Klage vom 18. November 1871 im weiteren Zuge etwa zuzuerkennenden weiteren Theilbetrages von der wider ihn eingeklagten Gegenforderung pr. 172 fl. 50 kr. — Das B. G. Amstetten hat dem Executionsgesuche des Franz A keine Folge gegeben, weil, wenn Anna A gegen den Bittsteller wirklich eine liquide Forderung haben oder erwerben sollte, was übrigens nicht erhärtet wurde, lediglich die Compensation eintreten würde und es dem Bittsteller unbenommen bliebe, die Gegnerin

auf Anerkennung derſelben im Rechtswege zu belangen, die a. G. O. aber lediglich ein Executionsverfahren durch Pfändung und Einantwortung auf ſolche Forderungen kennt, welche ein Execut an einen Dritten zu ſtellen hat. Den dagegen ergriffenen Recurs des Franz A hat das O. L. G. in Wien verworfen, weil aus den §§. 316, 317 und 318 a. G. O. klar hervorgeht, daß die im §. 314 beſtimmte Executionsart nichts anderes iſt, als eine zwangsweiſe Ceſſion, die Ceſſion einer Forderung von dem Gläubiger an ſeinen Schuldner aber dem in §. 1392 a. b. G. B. aufgeſtellten Begriffe der Ceſſion, deren weſentliches Merkmal die Hinzukunft eines neuen Gläubigers, alſo einer dritten Perſon iſt (§. 1395 a. b. G. B.), geradezu widerſpricht.

Dem a. o. Reviſionsrecurſe des Franz A hat der oberſte Gerichtshof ſtattgegeben, und unter Abänderung beider gleichlautenden unterrichterlichen Erledigungen die von Franz A angeſuchte Execution vollkommen dem Begehren entſprechend bewilligt und zwar „in Erwägung, daß auf jedes Vermögen des Schuldners, in ſo weit nicht eine ausdrückliche geſetzliche Ausnahme beſteht, die Execution geführt werden kann, daß in Betreff allfälliger Gegenforderungen des Executen eine ſolche Ausnahme nicht feſtgeſetzt iſt und auch nicht ſelbſtverſtändlich in den §§. 316—318 a. G. O. zu finden iſt, weil dieſe Paragraphe nur für den gewöhnlichen Fall der Executionsführung auf eine Geldforderung, welche dem Executen wider eine dritte Perſon zuſteht, auf die einſchlägigen Grundſätze des materiellen Rechtes, welche dann in dem ſpäter erſchienenen a. b. G. B. ihren erſchöpfenden Ausdruck fanden, hinweiſen, aber nicht ausſchließen, daß die Forderung des Executen, auf welche der Executionsführer zu ſeiner Befriedigung greifen will, auch eine von jenem wider ihn ſelbſt erhobene Gegenforderung ſein könne; daß Privatforderungen des Executen auf zweierlei Art in Execution gezogen werden können, nämlich entweder nach §. 314 a. G. O. durch Einantwortung und beziehungsweiſe Annahme an Zahlungsſtatt, oder nach §. 340 a. G. O. und Hofdecret vom 27. October 1797, J. G. S. Nr. 385, durch Pfändung und Feilbietung, und daß, wenn nach den letztgedachten Geſetzen die Pfändung und Feilbietung einer Gegenforderung des Executen in keinerlei Weiſe ausgeſchloſſen erſcheint, um ſo weniger die executive Einantwortung, welche für den Executen minder beſchwerlich iſt, als ausgeſchloſſen betrachtet werden kann; daß das Geſetz auch nicht zwiſchen bereits liquiden und allenfalls erſt zu liquidirenden Forderungen unterſcheidet, indem daſelbſt eben auch die Rechtsfolgen des Mangels der Richtigkeit oder der Einbringlichkeit der eingeantworteten Forderung vorgeſehen ſind, und daß demnach die Abweiſung des Executionsgeſuches des Franz A gegen das Geſetz verſtößt."

Nr. 4811.

Darlehensvertrag: Hingabe von Geld ohne Festsetzung eines Rückzahlungstermines.

Entsch. v. 18. Dec. 1872, Nr. 12255 (Best. des das Urth. des B. G. Wieliczka v. 25. März 1872, Nr. 947, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 5. Juni 1872, Nr. 6903). Zeitschr. für das Notariat 1873, Nr. 22.

Der Kläger A führte an, daß er dem Beklagten B im Jahre 1871 mehrere Geldbeträge, zusammen 305 fl., auf dessen Bitte unverzinslich, aus reiner Gefälligkeit und ohne Festsetzung des Rückzahlungstermines gegeben habe, und begehrte deshals die Verurtheilung des B zur Zahlung der 305 fl. — In erster Instanz wurde der Kläger unbedingt abgewiesen. — Das O. L. G. verurtheilte den B zur Zahlung, unter der Bedingung, daß A mit dem Haupteide das von B geleugnete Klagefundament beweise.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Der nach der Anführung des A mit B geschlossene Vertrag konnte nur als ein Darlehensvertrag im Sinne des §. 983 a. b. G. B. angesehen werden, da das hingegebene Geld als verbrauchbare Sache dessen Auffassung als Leihvertrag (§. 971 ibid.) ausschließt. Die Behandlung des Geschäftes als Darlehensvertrag wird nun deshalb angefochten, weil die Bedingung der Zurückgabe des Geldes nach einer gewissen Zeit in dem Vertrage nicht gesetzt wurde (§. 983). Da aber alle übrigen Merkmale eines Darlehensvertrages vorhanden sind und das Fehlen der Zeitbestimmung für die Zurückstellung allein nicht geeignet ist, das Wesen dieses Vertrages als eines unverzinslichen Darlehens im Sinne des §. 984 a. b. G. B. aufzuheben, weil der §. 904 ibid. im Allgemeinen für alle Verträge die fehlende Stipulation der Erfüllungszeit durch die generelle Vorschrift der sogleichen Erfüllung und der richterlichen Festsetzung des Erfüllungstermines zu ersetzen bestimmt ist, so mußte, wenn nicht eine von dem Beklagten selbst nicht eingewendete und niemals zu vermuthende Schenkung angenommen werden sollte, der Ansicht des O. L. G., daß dieser Vertrag ein unverzinsliches Darlehen darstellt, beigetreten werden, um so mehr, als es nicht angeht, wegen formeller Unvollständigkeit einer Vertragsstipulation das materielle Recht selbst durch eine das Rechtsgefühl verletzende Auslegung preiszugeben.

Nr. 4812.

Gerichtsstand des Aufenthaltes.

Entsch. v. 18. Dec. 1872, Nr. 12662 (Best. des Urth. des H. G. Wien v. 30. April 1872, Nr. 41948, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 21. Aug. 1872, Nr. 15760). G. H. 1873, S. 83.

Für Waaren, die A vom Jänner bis April 1869 dem B in Wien geliefert hatte, behauptete er einen Saldo von 300 fl., den er bei dem Wiener Handelsgerichte am 10. September 1869 einklagte.

Da B in Wien nicht anzutreffen war, wurde auf Einschreiten des Klägers für denselben ein Curator bestellt und diesem die Klageschrift zugestellt. Der Curator ließ sie unbeantwortet, weshalb ein Contumacialurtheil erging, gegen welches B selbst die Restitution begehrte und erwirkte. Mit Vorweisung eines Certificates des österreichischen Consulates zu Constantinopel vom 6. August 1870, daß B dort seßhaft sei, erhob nun derselbe die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes, welche in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz zugelassen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Da die Klage des A sich auf Verbindlichkeiten bezieht, die B in Wien auf sich genommen hat, wäre das Wiener Handelsgericht ohne Zweifel zuständig, wenn er zur Zeit, als ihm die Klage zugestellt werden sollte (im September 1869), in Wien anzutreffen gewesen wäre (§. 18 J. N.). Letzteres war nun allerdings nicht der Fall. Allein B hat selbst angeführt, daß, als er im April 1869 Wien verließ und laut Certificates nach Constantinopel ging, dort nicht verblieb, sondern wieder nach Wien und nach anderen Orten reiste, und es war nicht bestimmt, ob und wann er nach Constantinopel zurückkehren werde, indem das Certificat wohl sagt, daß er sammt Familie dort domicilirt ist, nicht aber, daß er dort sein Handelsgeschäft betreibt. Es ist also nicht festgestellt, daß ihm die Klage in Constantinopel hätte behändigt werden können. Wird nun weiter erwogen, daß nach der Aussage der klägerischen Zeugin X, welche durch jene der Zeugin Y bestätigt ist, B längere Zeit bei der X gewohnt hat; daß sein Wohnen bei derselben nach der ungefähren Zeitangabe der X und nach dem Certificate zum Theile in das Jahr 1869 fiel, so durfte A, der nach dem Gesagten keinen Grund hatte, Constantinopel als den Ort, wo B sicher zu treffen sei, anzusehen, nach §. 17 und nach §. 18 Abs. 2 der J. N. Wien als den Ort betrachten, wo B, der selbst nicht behauptet, daß er in Constantinopel zu treffen gewesen wäre, zur Zeit, als er die Geschäfte mit A machte, einen längeren Aufenthalt genommen hatte, und war daher berechtigt, die Klage gegen B in Wien anzubringen und, da sich B von Wien entfernt hatte und sein Aufenthalt unbekannt war, die Zustellung der Klage zu Händen eines Curators zu bewirken.

Nr. 4813.

Unanwendbarkeit der Bestimmungen über die Folgen des Todes eines Eidespflichtigen auf den Fall eintretenden Wahnsinnes.

Entsch. v. 24. Dec. 1872, Nr. 11090 (Best. des Decr. des K. G. Tarnow v. 27. Juli 1871, Nr. 11849, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau vom 21. August 1871, Nr. 7307). Spruchrepertorium Nr. 34. G. Z. 1872, Nr. 104. (Manz'sche Sammlung I, S. 111.)

In dem Processe des A gegen die B wurde auf einen Haupteid des C, Vertretungsleisters des Klägers, erkannt. Zur Zeit der

Antretung des Eides war C wegen Geisteskrankheit unter Curatel gesetzt, weshalb der Kläger unter Beziehung auf §. 307 westgal. G. O. und dessen analoge Anwendung fordernd, das Begehren stellte, es möge jener Haupteid für abgeschworen erklärt werden, welches Begehren von dem K. G. Tarnow zurückgewiesen, von dem O. L. G. bewilligt wurde.

Auf den Revisionsrecurs der Geklagten bestätigte der oberste Gerichtshof den Bescheid der ersten Instanz. Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Die analoge Anwendung des §. 307 westgal. G. O. (§. 233 a. G. O.), wonach ein urtheilsmäßig zugelassener Eid aus Anlaß des eingetretenen Todes des zur Eidesablegung berufenen Streittheiles für abgeschworen erklärt werden kann, ist in dem Falle nicht zulässig, wenn die Ablegung des betreffenden Eides durch die inzwischen erfolgte Blödsinnserklärung der gedachten Partei unmöglich geworden ist.

Nr. 4814.

Abgrenzung des streitigen und nichtstreitigen Verfahrens: Ausführung des bei der Scheidung in Beziehung auf die Kinder getroffenen Uebereinkommens.

Entsch. v. 24. Dec. 1872, Nr. 13048 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Wiener-Neustadt v. 15. Oct. 1872, Nr. 4053 und des O. L. G. Wien v. 29. Oct. 1872, Nr. 21368). G. Z. 1873, Nr. 10.

Die Eheleute A und B haben bei Gelegenheit ihrer Scheidung von Tisch und Bett einen Vergleich geschlossen, demzufolge die B ihren unmündigen Sohn Karl bei sich behielt mit der Verpflichtung, das Kind an jedem Sonntage dem Gatten, respective Vater, auszufolgen. Nachdem sie dieser Pflicht einigemale nicht nachgekommen war, überreichte A gegen die B auf Grund des geschlossenen gerichtlichen Vergleiches eine Executivklage mit dem Begehren auf Ausfolgung des Kindes Karl an jedem Sonntage. — Das Gericht erster Instanz wies die Klage, als proceßwidrig, a limine ab. Ebenso das O. L. G., weil jede Klage von amtswegen zurückzuweisen ist, wenn der Gegenstand zum Verfahren im Proceßwege sich nicht eignet und weil die Frage, ob das Kind im Sinne des Vergleiches an gewissen Tagen dem Kläger als Vater zu übergeben sein wird oder nicht, naturgemäß nur nach Maßgabe des kaiserl. Patentes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, nach Untersuchung des Gegenstandes zur Entscheidung zu bringen ist und nur nach diesem Gesetze die geeigneten Maßregeln zur Durchführung des Beschlusses zu treffen sind.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs des A, in Erwägung, daß es sich hier um eine mit der Erziehung des Kindes im Zusammenhange stehende Angelegenheit handelt, über welche die beiden Ehegatten ungeachtet des zwischen ihnen getroffenen Ver-

gleiches nicht einig sind und worüber daher nach §. 142 a. b. G. B. das Gericht ohne Gestattung eines Rechtsstreites mit Beobachtung der für das Verfahren außer Streitsachen bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu entscheiden haben wird, indem durch das zwischen den beiden Ehegatten bei der Scheidung getroffene Uebereinkommen den Rechten des Kindes kein Abbruch geschehen kann.

Nr. 4815.

Zulässigkeit der notariellen Bekräftigung einer Privaturkunde über ein Geschäft, dessen Giltigkeit durch die Aufnahme eines Notariatsactes bedingt ist.

Entsch. v. 24. Dec. 1872, Nr. 13084 (Best. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Nov. 1872, Nr. 22485). Spruchrepertorium Nr. 33. G. Z. 1872, Nr. 104. G. H. 1873, S. 47. (Manz'sche Sammlung I, S. 109.)

Der Notar A weigerte sich, die zwischen Johann und Theresia B am 22. October 1872 errichteten, von dem öffentlichen Agenten C ihm vorgelegten Ehepacte sammt Erbvertrag durch Aufnahme eines Notariatsactes zu solennisiren, weil nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76, zur Giltigkeit von Ehepacten die Errichtung des Vertrages vor dem Notare vorgeschrieben ist, und weil §. 54 Not.-Ordn. eine rechtsgiltige Privaturkunde voraussetzt. Die Notariatskammer, bei welcher C Beschwerde erhob, hielt die Weigerung des Notars für begründet. — Das O. L. G. dagegen erkannte jene Weigerung für unbegründet und trug dem genannten Notar auf, über die erwähnten Ehepacte, soferne andere Bedenken nicht bestehen, einen Notariatsact aufzunehmen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte auf den Recurs des Notars die obergerichtliche Verfügung aus folgenden Gründen: Im §. 1 des Gesetzes v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76, ist nichts anderes ausgesprochen, als daß die Giltigkeit der dort bezeichneten Verträge und Rechtshandlungen durch die Aufnahme eines Notariatsactes über dieselben bedingt ist. Die Aufnahme eines Notariatsactes kann jedoch, wie sich aus den Bestimmungen des V. Hauptstückes, I. Abschnitt und insbesondere aus den §§. 52 und 54 der Not.-Ordn. v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75, ergibt, sowohl in der vor dem Notar selbst vor sich gehenden Verabredung und Abschließung, somit in der unmittelbar vor dem Notar erfolgenden Errichtung des Rechtsgeschäftes bestehen, als auch die notarielle Bekräftigung einer von den Parteien bereits unter sich errichteten Privaturkunde zum Gegenstande haben. Die über Verträge und Rechtshandlungen, deren Giltigkeit durch die Aufnahme eines Notariatsactes bedingt ist, nach dem Eintritte der Wirksamkeit der Not.-Ordn. vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75, errichteten Privaturkunden entbehren allerdings der Giltigkeit und Rechtswirksamkeit, jedoch nur insolange, als sie nicht in die vom

Geſetze geforderte Form von Notariatsacten gebracht worden ſind. Daß aber eine, über ein Rechtsgeſchäft der in Rede ſtehenden Art errichtete Privaturkunde in die ihre Rechtsgiltigkeit bedingende Form gebracht werden könne, und wie dies zu bewerkſtelligen ſei, beſtimmt eben der §. 55 Not.-Ordn. und es kann hinſichtlich der Rechtswirkſamkeit zwiſchen einem notariell errichteten und einem auf Grund einer bereits errichteten Privaturkunde notariell bekräftigten Rechtsgeſchäfte ein Unterſchied um ſo weniger gemacht werden, als nach §. 54 Not.-Ordn. der Notar die ihm zur Aufnahme des Notariatsactes vorgelegte Urkunde nach Vorſchrift der §§. 34, 36, 52 u. 53 Not.-Ordn. zu prüfen, mithin hiebei nach eben jenen geſetzlichen Vorſchriften vorzugehen hat, welche ihm zur Bedachtnahme bei Aufnahme eines Notariatsactes über ein vor ihm ſelbſt verabredetes und abgeſchloſſenes Geſchäft vorgezeichnet ſind, woraus ſich demnach ergibt, daß die Aufnahme eines Notariatsactes über eine bereits errichtete Privaturkunde, über ein Geſchäft, deſſen Giltigkeit durch die Aufnahme eines Notariatsactes bedingt iſt, vom Notar nur im Falle eines der Aufnahme des Actes mit Rückſicht auf die Beſtimmungen der §§. 34, 36, 52 u. 53 Not.-Ordn. entgegenſtehenden Hinderniſſes, nicht aber an und für ſich blos aus dem Grunde, weil die Parteien über das Rechtsgeſchäft bereits eine Urkunde errichtet haben und dieſe nicht vom Notar ſelbſt verfaßt worden iſt, verweigert werden kann.

Zugleich wurde die Eintragung des nachſtehenden Satzes in das Spruchrepertorium beſchloſſen: In Anſehung jener Verträge und Rechtshandlungen, deren Giltigkeit nach §. 1 des Geſetzes v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 76, durch die Aufnahme eines Notariatsactes über dieſelben bedingt iſt, kann, wenn die Parteien hierüber, obgleich erſt nach eingetretener Wirkſamkeit der Notariatsordnung v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75, bereits eine Urkunde unter ſich errichtet haben, die Aufnahme eines Notariatsactes von dem Notar aus dem Grunde, weil die Urkunde nicht von ihm ſelbſt verfaßt wurde, nicht verweigert werden, ſondern es hat in dieſem Falle der um die Aufnahme des Notariatsactes angegangene Notar hiebei nach den Beſtimmungen des §. 54 der Not.-Ordn. vorzugehen.

Nr. 4816.

Friſt zum Recurs gegen den Beſcheid über die Einverleibung des executiven Pfandrechtes.

Entſch. v. 24. Dec. 1872, Nr. 13105 (Beſt. des Decr. des B. G. Scheibbs v. 25. Sept. 1872, Nr. 266, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 29. Oct. 1872, Nr. 21417). Spruchrepertorium Nr. 35. G. Z. 1873, Nr. 2. (Manz'ſche Sammlung II, S. 23.)

Das Geſuch des A gegen B um Einverleibung des executiven Pfandrechtes auf einer Liegenſchaft des Letzteren wurde von dem Er-

kenntnißgerichte, welches in dem vorliegenden Falle auch das Grundbuchsgericht war, bewilligt, von dem O. L. G. aber abgewiesen. Nach Ablauf der für das Executionsverfahren festgesetzten Frist überreichte A gegen die obergerichtliche Entscheidung den Revisionsrecurs, welchen das Gericht erster Instanz unter gleichzeitiger Löschung des einverleibten executiven Pfandrechtes (gemäß §. 133 des Grundbuchsgesetzes) — als verspätet zurückwies. — Das O. L. G. entschied mit Anwendung des §. 127 des Grundb.-G., daß der Recurs rechtzeitig angebracht worden sei und verordnete die Wiederherstellung der gelöschten Pfandrechtsintabulation.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, in Erwägung, daß das Gesuch des A nicht auf bücherliche Eintragung eines ihm urkundlich bereits gebührenden Pfandrechtes, sondern auf Bewilligung des auf Grund eines Urtheiles angesprochenen executiven Pfandrechtes, somit auf die Erwirkung des ersten Executionsgrades gerichtet war, wozu lediglich das Erkenntnißgericht nach den Bestimmungen des Executionsverfahrens berufen ist.

Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen: Der Recurs gegen Bescheide, wodurch dem auf Grund eines Urtheiles gestellten Begehren um Bewilligung des executiven Pfandrechtes stattgegeben oder dasselbe zurückgewiesen wird, ist selbst in dem Falle, wenn das angegangene Erkenntnißgericht zugleich Grundbuchsgericht wäre, nicht in der für Grundbuchsbescheide nach §. 127 der Grundb.-Ordn. festgestellten, sondern in der im Executionsverfahren bestimmten kürzeren Frist anzubringen.

Nr. 4817.

Unzuläßigkeit der Bestellung eines Armenvertreters in Fällen, wo kein Anwaltszwang gilt.

Entsch. v. 28. Dec. 1872, Nr. 12803 (Best. des Decr. des böhm. Advocatenkammerausschusses v. 9. Sept. 1872, Nr. 1703, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 11. Nov. 1872, Nr. 34906). G. H. 1873, S. 130.

Das Gesuch der Vormundschaft des unehelichen Kindes A um Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters zur Durchführung des Paternitätsprocesses gegen den B wurde von dem Ausschusse der Advocatenkammer abgewiesen, weil an dem Sitze des B. G., bei welchem der Rechtsstreit zu verhandeln wäre, sich kein Advocat befindet, daher selbst die schriftliche Klage und andere Eingaben nach der Min.-Verordn. v. 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122, der Unterschrift eines Advocaten nicht bedürfen; weil ferner die Klage desfalls auch mündlich angebracht werden kann, und weil der Advocat nach §. 16 der Advoc.-Ordn. in den Fällen, wo die Partei vermöge des Gesetzes durch einen Advocaten nicht vertreten sein muß, zur unentgeltlichen Besorgung einer Vertretung auch nicht verpflichtet ist. — Von dem O. L. G.

wurde auf den Recurs der Partei der Kammerausschuß aufgefordert, für die Vormundschaft des Kindes A einen unentgeltlichen Vertreter zur Proceßführung zu bestellen und es diesem zu überlassen, ob er die arme Partei vertreten wolle oder nicht. Gründe: Wenn — wie im vorliegenden Falle mit dem Nachweise der Armuth — die Bedingungen gegeben sind, unter denen nach den geltenden Gesetzen das Armenrecht gewährt werden kann, hat der Ausschuß den unentgeltlichen Vertreter zu ernennen. Allerdings steht dem ernannten Vertreter frei (§. 16, Alinea 2 der Advoc.-Ordn.), die Vertretung abzulehnen, wenn der Fall vorhanden ist, daß die Partei kraft des Gesetzes durch einen Advocaten nicht vertreten sein muß. Allein dies ist eben ein Recht des Advocaten, da das Gesetz an der citirten Stelle ausdrücklich sagt, daß der Advocat in solchem Falle nicht verpflichtet ist, die Vertretung unentgeltlich zu besorgen, und es liegt im Geiste des Gesetzes und im Wesen der Armenvertretung, daß der Kammerausschuß nicht berechtigt sein kann, dem Willen des Rechtsfreundes vorzugreifen und ihn in der Ausübung einer humanen Pflicht zu beschränken. Die Auslegung des Kammerausschusses von dem §. 16 Advoc.-Ordn. hebt das Armenrecht auf dem Lande, wo nach dem Gesetze nur mündlich zu verhandeln ist, geradezu auf, beschränkt es auf die Hauptstädte und führt eine Rechtsungleichheit herbei, die man mit dem §. 16 gewiß nicht hervorrufen wollte. — Auch der andere Grund der Abweisung durch den Kammerausschuß, daß nämlich in dem anzustrengenden Rechtsstreite das mündliche Verfahren einzutreten hat, für welches die Partei der Vertretung durch einen Advocaten nicht bedarf, ist nicht stichhältig, weil die Nothwendigkeit, sich eines solchen zu bedienen, für die Partei auch in diesem Processe sich ergeben kann, wenn z. B. der Proceß gegen sie entschieden wird, wo ihr nicht zugemuthet werden kann, von demselben Richter, der gegen sie gesprochen hat, eine ausführliche Appellationsbeschwerde zu erwarten und sie vielmehr zu einer schriftlichen Beschwerde genöthigt sein wird, wofür sie nach Hofdecret vom 1. Februar 1836, J. G. S. Nr. 120, die Fertigung eines Advocaten braucht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verfügung des Ausschusses der Advocatenkammer mit Bezugnahme auf dessen Begründung und mit der weiteren Bemerkung, daß in den Fällen, wo der Advocat nach §. 16, Alinea 2 der Advoc.-Ordn. zur unentgeltlichen Besorgung einer Vertretung nicht verpflichtet ist, der Kammerausschuß zur Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters nicht einmal berechtigt erscheint, daher auch nicht dazu angehalten werden kann, und daß in dem Alinea 3 des citirten Paragraphen der Ausschuß zur Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters auf ein darauf gerichtetes, gehörig belegtes und namentlich mit einem vorschriftsmäßigen Armuthszeugnisse versehenes Gesuch keineswegs ohneweiters schon verpflichtet, sondern nur als die zur Erledigung des Gesuches in erster Instanz berufene Behörde bezeichnet wird.

Nr. 4818.

Koſten der Verhandlung über die Aufnahme eines Beweiſes zum ewigen Gedächtniß.

Entſch. v. 31. Dec. 1872, Nr. 12942 (Beſt. des das Decr. des B. G. Mödling v. 7. Auguſt 1872, Nr. 6790, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 24. Sept. 1872, Nr. 18613). G. Z. 1873, Nr. 21.

A hatte gegen die B, ohne vorgängige Klage, die Aufnahme eines Beweiſes zum ewigen Gedächtniſſe durch gerichtlichen Augenſchein und Sachverſtändige angeſucht. Bei der hierüber zur Einvernehmung der B angeordneten Tagſatzung erklärte deren Vertreter, daß gegen die Vornahme des Sachverſtändigenbefundes keine Einwendung erhoben werde, und verzeichnete ſodann nach einverſtändlicher Wahl der Sachverſtändigen die für ſeine Partei durch dieſe Einvernehmung erwachſenen Koſten, indem er ſich insbeſondere auf die Anordnung des §. 193 a. G. O. berief und geltend machte, daß nach dieſem Geſetze der Beweisführer auch die der Gegenpartei erlaufenden Koſten ſchon jetzt zu erſetzen habe, da ja der Beweis um des Vortheiles des Beweisführers willen beantragt und zweifelhaft ſei, ob überhaupt über die fragliche Angelegenheit ein Proceß werde geführt werden und ob daher ſpäter noch eine Möglichkeit ſich ergebe, vom Beweisführer dieſen Koſtenerſatz zu beanſpruchen. Von Seite des A wurde dagegen auf den künftig zu führenden Proceß in der Hauptſache verwieſen, und geltend gemacht, daß, wenn die Gegnerin keine Einwendung gegen den beantragten Beweis hatte, ihr Erſcheinen nicht nothwendig geweſen ſei und daß die Anordnung des §. 193 a G. O. ſich nur auf die Koſten für die Sachverſtändigen und die Gerichtsabgeordneten, nicht aber auch auf die Koſten der Gegenpartei beziehe. Schließlich ſtellten beide Theile den Anſpruch auf Erſatz der Koſten der (am 6. Auguſt 1872) abgehaltenen Tagſatzung. — Von dem Gerichte erſter Inſtanz wurde das Begehren beider Theile um Zuſpruch von Gerichtskoſten abgewieſen, da bei dem Umſtande, als §. 193 a. G. O. blos die Leiſtung eines Vorſchuſſes zur Deckung der Gebühren des Gerichtscommiſſärs und der Sachverſtändigen anordnet und ein abgeführter Rechtsſtreit in einer Haupt- oder Nebenſache nicht vorliegt, — jede geſetzliche Beſtimmung, um dem einen oder dem anderen Theile die Zahlung der gegentheiligen Koſten auftragen zu können, im vorliegenden Falle fehle. Der vom Vertreter der B eingebrachte Recurs wendete ſich insbeſondere gegen die im erſtrichterlichen Beſcheide enthaltene einſchränkende Auffaſſung des §. 193 a. G. O. und gegen die definitive Abweiſung des Begehrens um Koſtenerſatz, welche weder in §. 193 a. G. O., noch in einer anderen geſetzlichen Beſtimmung, noch auch in der Analogie der diesfälligen Anordnungen bei einem durch Beiurtheile zugelaſſenen Kunſtbefunde ihre Begründung finde, und zog den Schluß, daß, da die definitive Abweiſung des Koſtenanſpruches im Geſetze nicht begründet iſt, eine Aufſchiebung der Entſcheidung hierüber zwar nicht ungeſetzlich, aber deshalb unthunlich ſei, weil möglicher Weiſe eine ſpätere Gele-

genheit zu einer solchen Entscheidung nicht mehr sich ergeben werde, schon jetzt der Kostenzuspruch zu erfolgen habe. — Das O. L. G. gab diesem Recurse statt, bestimmte die Kosten der Tagsatzung vom 6. August 1872 mit 10 fl. und trug dem A den Ersatz der Kosten der B im Betrage von 10 fl. auf, weil A durch den begehrten Sachbefund zu seinem Vortheile einen Beweis für den von ihm erst einzuleitenden Rechtsstreit zu erlangen suchte, sonach alle damit verbundenen Kosten zu bestreiten hat und der Ausspruch über die Bestimmung und den Ersatz der der Gegnerin verursachten Kosten nicht dem Rechtsstreite selbst vorbehalten werden kann, da es gegenwärtig noch ganz ungewiß ist, ob der Rechtsstreit selbst eingeleitet wird oder nicht. — Dagegen recurrirte A, indem er sich auf die Motivirung des erstrichterlichen Bescheides berief und noch besonders hervorhob, daß, wenn auch seinerzeit die Gegnerin im Hauptprocesse sachfällig und zum Kostenersatze verurtheilt werden sollte, es ihm doch nicht mehr möglich wäre, diese nach dem obergerichtlichen Erlasse an die Gegnerin zu ersetzenden Kosten wieder rückerstattet zu erhalten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz in der Erwägung, daß es sich hier um ein Beweismittel handelt, daß der Recurrent zur Durchführung seiner vermeintlichen Ansprüche an die Gegnerin sich verschaffen wollte, weshalb er die damit verbundenen Auslagen, wozu auch die der Gegnerin erwachsenen Kosten der nach §. 190 a. G. O. angeordneten Tagsatzung gehören, zu tragen hat.

Nr. 4819.

Formalien des Gesuches um Abtrennung von Bestandtheilen eines Grundbuchskörpers.

Entsch. v. 31. Dec. 1872, Nr. 12949 (Best. der Decr. des B. G. Lambach v. 22. Oct. 1872, Nr. 3275 und des O. L. G. Wien v. 19. Nov. 1872, Nr. 22735). G. H. 1873, S. 87.

Das Gesuch des A um die Einleitung des Aufforderungsverfahrens nach §. 3 ff. des Gesetzes v. 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18, über die Abtrennung von Bestandtheilen eines Grundbuchskörpers war nicht mit dem Grundbuchsextracte versehen und in drei Exemplaren unter Anschließung von Rubriken für jeden der von dem Gesuchsteller bezeichneten 11 Tabulargläubiger überreicht worden. — Beide Untergerichte haben das Gesuch zurückgewiesen, 1. weil bei dem Mangel des Grundbuchsauszuges nicht entnommen werden kann, für welche Personen auf den Grundbuchskörper, von dem Parcellen lastenfrei abgetrennt werden sollen, dingliche Rechte eingetragen sind (§. 3 des citirten Gesetzes); 2. weil nicht für jeden der von A Aufgeforderten ein Exemplar des Gesuches zur Zustellung vorgelegt wurde, was der §. 4 des citirten Gesetzes mit den Worten: „die Zustellung

des Gesuches hat an jeden Aufgeforderten zu geschehen", ausdrücklich verordne. — A ergriff den Recurs, worin er Folgendes geltend machte: Ad 1. Das Gesetz v. 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18, verordnet im §. 3 nur, daß der Besitzer des Gutes zur Einleitung des Aufforderungsverfahrens den Tabularberechtigten seinen Willen (auf lastenfreie Abtrennung) durch das Grundbuchsgericht bekannt machen zu lassen habe; daß aber dieses Vorhaben allen Satzgläubigern u. s. w. bekannt zu machen sei, ist nirgends gefordert. Diejenigen, die ihre Zustimmung schon gegeben haben, brauchen doch nicht noch aufgefordert zu werden. Es bedarf also auch keines Ausweises durch Grundbuchsextract, daß alle dinglich Berechtigten berücksichtigt worden sind, sondern nur der Anführung, welchen von ihnen das Trennungsvorhaben bekannt gemacht werden soll, und dies muß dem Gesuchsteller anheim gegeben bleiben. Für das Grundbuchsgericht ist es zur Zeit nicht nöthig, sich zu überzeugen, ob alle Berechtigten berücksichtigt seien; dies ist erst im Trennungsgesuche darzulegen. Ad 2. Die Ansicht, daß für jeden Aufgeforderten ein Exemplar des Gesuches, statt einer Rubrik, zur Zustellung beizubringen war, ist ebensowenig in dem citirten Gesetze begründet. Denn der §. 4 desselben sagt, daß die Zustellung des Gesuches an jeden Aufgeforderten „nach den für die Zustellung von Klagen bestehenden Gesetzen" zu geschehen habe. Damit wurde ohne Zweifel auf die Bestimmungen der §§. 384—386 a. G. O. und der kaiserl. Verordn. v. 12. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 112, gewiesen, wornach die erste Verordnung dem Beklagten zu eigenen Händen zuzustellen, und bei mehreren Beklagten die Klage in 3 Exemplaren — für den Kläger, für den Erstgeklagten und für das Gericht — zu überreichen und für jeden der nachgenannten Beklagten eine Rubrik beizubringen ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit der Bemerkung, daß die untergerichtlichen Verordnungen sich auf eine ganz richtige Auslegung der §. 3 und 4 des Gesetzes v. 6. Februar 1869, Nr. 18, gründen und auch dem §. 94 des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 95, entsprechen.

Nr. 4820.

Delation des Eides?

Entsch. v. 31. Dec. 1872, Nr. 12968 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Bilin v. 6. Mai 1872, Nr. 2661 und des O. L. G. Prag v. 8. Oct. 1872, Nr. 29443). Zeitschr. f. d. Notariat 1873, Nr. 39.

In der Klage, womit A den B auf Erfüllung eines mündlich geschlossenen Kaufvertrages, respective auf Herausgabe der ihm verkauften Liegenschaft belangte, hat der Kläger für den behaupteten Vertragsschluß einen Zeugenbeweis angeboten und erklärt, daß er darüber auch die Auftragung des negativen rückschiebbaren Haupteides sich vorbehalte. Auf den von B seinen Anführungen entgegengesetzten Wider-

ſpruch, hielt der Kläger in der Replik dieſelben unter ausdrücklicher Verweiſung auf die in der Klage angebotenen Beweiſe aufrecht. — Es wurde der Zeugenbeweis zugelaſſen und nach dem gänzlichen Mißlingen desſelben die Klage von beiden Untergerichten abgewieſen. Dagegen ergriff A die a. o. Reviſionsbeſchwerde mit dem Begehren um Zulaſſung des Haupteides.

Der oberſte Gerichtshof verwarf die Beſchwerde, weil auf den in der Klage zwar erwähnten, allein von A nicht gerichtsordnungsmäßig deferirten Haupteid nicht erkannt werden kann.

Nr. 4821.

Befreiung des Concursmaſſeverwalters vom Anwaltszwange im Liquidirungsproceß.

Entſch. v. 31. Dec. 1872, Nr. 13043 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Königgrätz v. 25. Oct. 1872, Nr. 6415 und des O. L. G. Prag v. 19. Nov. 1872, Nr. 65804). G. Z. 1873, Nr. 54.

Zur Tagſatzung über die Liquidirungsklage eines Concursgläubigers erſchien der als Concursmaſſeverwalter beſtellte Notar; der Advocat des Gegners proteſtirte dagegen und verlangte, daß ſich der Notar nach §. 77 C. O. eines Advocaten bediene. — Das Concursgericht beſtätigte die protokollariſch vom Tagſatzungscommiſſär verfügte Ausſchließung des Notars von der Verhandlung. — Das O. L. G. hielt dieſe Entſcheidung aufrecht, weil der Notar in dieſem Proceſſe als Concursmaſſeverwalter, ſomit nicht in ſeiner Sache, ſondern im Namen der Concursmaſſe aufzutreten beabſichtigte, er ſomit hier als eine Partei im Sinne des §. 20 a. G. O. und des Hofdcr. vom 11. September 1784, Nr. 336 lit. f J. G. S., nicht angeſehen werden kann.

Auf den Recurs des Notars hat der oberſte Gerichtshof dem Concursgerichte aufgetragen, zur neuerlichen Verhandlung in dieſer Streitſache eine Tagfahrt anzuordnen, wobei dem Notar die Intervention Namens der geklagten Concursmaſſe zu geſtatten iſt. Gründe: Nach §. 77 der C. O. v. 25. Dec. 1868 iſt der Concursmaſſeverwalter nur bei jenen Proceſſen gehalten, ſich eines Advocaten zu bedienen, welche den Beiſtand eines ſolchen erfordern. Ob dies der Fall ſei, kann nur aus den allgemeinen Proceßvorſchriften entnommen werden. Nun kann aber im mündlichen Verfahren keine Partei gezwungen werden, ſich eines Advocaten zu bedienen; es ſteht ihr vielmehr frei, perſönlich bei der Verhandlung zu interveniren. Der Concursmaſſeverwalter iſt aber keineswegs ein Vertreter der Concursmaſſe nach Art eines Rechtsfreundes im Sinne der Proceßordnung, er iſt nach §. 78 C. O. ſchon kraft ſeiner Beſtellung befugt, alle Rechtsgeſchäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Obliegenheit

ſeines Amtes mit ſich bringt. Daß der Concursmaſſeverwalter in Proceſſen, welche von Gläubigern gegen die Concursmaſſe geführt werden, in der That Proceßpartei iſt, ergibt ſich aus dem §. 124 C. O., nach welchem Gläubiger, welche ihre bei der Liquidirungstagfahrt ſtreitig gebliebenen Forderungen im beſonderen Proceſſe geltend machen, den Maſſeverwalter, wenn er an der Beſtreitung Theil genommen hat, als Erſtgeklagten benennen müſſen.

Nr. 4822.

Verfahren bei Beſtandſtreitigkeiten: Verſpätung des Geſuches um Delogirung des Miethers: Stillſchweigende Erneuerung des Miethvertrages.

Entſch. v. 31. Dec. 1872, Nr. 13251 (Beſt. des Decr. des B. G. Wieden in Wien v. 16. Nov. 1872, Nr. 21582, Aufheb. des Decr. des O. L. G. Wien v. 10. Dec. 1872, Nr. 24426). Zeitſchr. f. d. Notariat 1873, Nr. 5. Jur. Bl. 1873, Nr. 6.

Vor Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles, mit welchem die Miethkündigung des Vermiethers A gegen die Anfechtung des Miethers B aufrecht erhalten wurde, war der Ausziehtermin bereits verſtrichen. Anſtatt nun das Delogirungsgeſuch nach §. 19 der kaiſerl. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, an dem zweiten Tage nach eingetretener Rechtskraft des Urtheiles anzubringen, überreichte A dasſelbe erſt nach Monaten, nachdem inzwiſchen auch ſchon der nächſte Ausziehtermin verſtrichen war. — Das Gerichte erſter Inſtanz wies das Geſuch als verſpätet a limine zurück. — Das O. L. G. entſchied, daß dasſelbe nicht verſpätet ſei, weil die in dem citirten Paragraph feſtgeſetzte zweitägige Friſt keinen Präcluſivtermin vorſtelle.

Der oberſte Gerichtshof beſtätigte die erſtgerichtliche Verordnung. Gründe: Aus den §§. 18, 19 und 22 der kaiſerl. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, geht hervor, daß auch in dem Falle, wo es einer Aufkündung nicht bedarf und das Benutzungsrecht des Beſtandnehmers ſchon erloſchen iſt, es nicht in dem Belieben des Beſtandgebers ſteht, die Reſtitution der Beſtandſache wann immer und ohne Rückſicht auf eine ſtillſchweigende Geſtattung der Fortſetzung des Gebrauches derſelben zu begehren: wenn aber, wie hier, der Vermiether nach eingetretener Rechtskraft des ſeine Kündigung aufrecht erhaltenden Urtheiles, ſelbſt noch in dem nächſten Ausziehtermine das Executionsbegehren nicht angebracht hat, ſo muß einer ſolchen Unterlaſſung mindeſtens die Bedeutung beigelegt werden, daß er mit der Fortſetzung der Miethe bis zum nächſten Ausziehtermine einverſtanden iſt.

Verzeichniß

der einschlägigen und citirten Gesetzesstellen.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

Kundm.-Pat. Nr. 4488

§§.	Nr.
2	4684
5	4488, 4586, 4637, 4678, 4729
6	4592
24	4608
46	4700
91	4545, 4590, 4623
92	4621, 4650, 4664
93	4590, 4621, 4750
103	4590
105	4590
107	4590
108	4623
109	4421, 4432
115	4421, 4750
117	4623
143	4613, 4814
149	4525
150	4613
154	4749
156	4704
158	4523
159	4523
165	4529
166	4613, 4636, 4668, 4749
167	4613, 4636, 4668, 4770
168	4689
169	4689
186	4613
197	4525
219	4613
220	4613
221	4613
243	4693
244	4693
252	4612
273	4653
290	4422, 4774
294	4646
295	4463
297	4457, 4646
302	4487
312	4691
313	4483
323	4589, 4666, 4745
324	4589
330	4527
334	4439
335	4439, 4659
338	4570
339	4424, 4714
340	4721
341	4572
351	4559
354	4559
362	4803
366	4439, 4646, 4652
367	4437, 4534
369	4428, 4559
372	4524
373	4524
374	4524
380	4559
399	4802
414	4646
415	4646
426	4428, 4530
427	4428, 4487, 4534
428	4428, 4581
430	4428
431	4787, 4802

§§.	Nr.
434	4600
437	4657
438	4736
439	4736
442	4488
443	4464, 4579, 4646, 4684, 4696, 4806
447	4649, 4657, 4807
449	4649
450	4437, 4713
451	4713
452	4530
453	4736, 4771
455	4767
456	4437, 4534
457	4548, 4736
463	4738
466	4807
469	4430, 4777
471	4680
473	4488
475	4803
476	4803
478	4488
480	4559, 4699
481	4530, 4699
482	4699
485	4488
492	4468
507	4488
509	4681
523	4559, 4666, 4705, 4745, 4803
525	4699
529	4662
531	4520, 4559
532	4601
547	4488
549	4668
550	4475
564	4793
565	4583
579	4583, 4778
580	4583
584	4583
585	4583
586	4583
594	4453
601	4453, 4778
608	4681
629	4747
642	4747
649	4622
655	4486, 4639
680	4639
681	4681
685	4486, 4748, 4766
688	4622
689	4681
704	4601
707	4601
709	4581
710	4581
721	4716
754	4529, 4749
756	4668, 4749
763	4749
768	4707
770	4707
771	4707
774	4525
775	4523
776	4707
777	4523
778	4523
781	4707
787	4442
788	4442
790	4442
792	4442
797	4524, 4530
802	4630
808	4505
810	4630
811	4614
812	4630
822	4450, 4622, 4720, 4736, 4771
828	4475, 4547
830	4690
833	4547
843	4690
861	4632, 4785
863	4429, 4485, 4535, 4557, 4778
864	4785
865	4466, 4612
869	4429, 4452
871	4578, 4649
877	4502
878	4426
881	4808
887	4499, 4515, 4516, 4549
901	4581
902	4514
904	4514, 4811
908	4550
911	4785
914	4680
915	4632
916	4492
919	4514, 4808
922	4514
923	4514
924	4514
925	4514
926	4514
927	4514
928	4514, 4544
929	4514
930	4514
931	4514, 4558
932	4514
933	4514
934	4485, 4502

§§.	Nr.
935	.. 4485, 4659
936	 4616
938	.. 4492, 4682
942	 4659
943	..4581, 4682, 4785
947	 4659
948	 4659
949	 4659
950	 4659
951	 4659
952	 4659
953	.. 4492, 4659
954	 4659
955	 4659
958	 4530
966	 4530
968	 4713
970	 4530
971	 4811
983	 4811
984	 4811
985	 4639
990	 4663
991	 4475
997	 4805
1001	.. 4515, 4516
1008	.. 4425, 4660
1009	..4597, 4776, 4808
1014	 4597
1016	 4597
1017	.. 4652, 4808
1029	 4776
1042	..4593, 4613, 4642, 4770, 4786
1045	 4682
1052	.. 4428, 4485
1053	.. 4499, 4680
1058	 4588
1062	..4485, 4514, 4779
1070	 4728
1080	 4557
1082	 4557
1094	 4632
1095	 4679
1096	 4634
1100	 4632
1101	..4497, 4713, 4714, 4800
1102	 4736
1113	.. 4585, 4632
1116	 4585
1120	.. 4527, 4671
1121	..4463, 4493, 4527, 4679
1152	 4456
1154	 4605
1157	 4605
1173	 4785
1174	 4426
1206	 4488
1215	 4700
1217	.. 4582, 4680
1218	.. 4582, 4680
1220	 4749
1228	 4680
1229	 4680
1231	 4749
1237	.. 4517, 4553
1247	 4520
1264	.. 4623, 4680
1267	 4494
1269	 4494
1270	.. 4592, 4809
1271	 4592
1275	 4488
1293	 4558
1294	 4742
1295	.. 4462, 4808
1298	.. 4530, 4550
1305	 4527
1316	 4530
1323	.. 4502, 4514
1325	 4446
1331	 4742
1333	 4766
1334	.. 4748, 4766
1336	 4761
1344	 4667
1345	.. 4528, 4667
1347	 4798
1351	 4667
1352	 4667
1353	 4511
1355	 4627
1358	..4459, 4544, 4579
1360	 4544
1364	 4544
1368	 4649
1369	 4767
1374	 4575
1375	 4452
1376	..4452, 4467, 4767
1377	..4452, 4467, 4574, 4767
1378	 4767
1388	 4649
1392	 4810
1393	 4534
1395	 4810
1396	.. 4431, 4767
1397	.. 4574, 4579
1400	 4528
1401	.. 4528, 4777
1402	 4528
1403	 4528
1404	 4528
1405	 4528
1406	 4528
1407	 4528
1408	.. 4528, 4767
1409	 4528
1410	 4528
1412	 4528
1422	.. 4459, 4661
1423	..4459, 4528

§§.	Nr.
1425	4638, 4679, 4767, 4805
1426	4638
1428	4431
1431	4518, 4578, 4593
1432	4518
4442	4459
1444	4682
1446	4661
1460	4696
1461	4680
1462	4680
1463	4680
1464	4745
1472	4674
1478	4427, 4507, 4514, 4627, 4680
1479	4427, 4627
1480	4427, 4500, 4519, 4669, 4764
1487	4649, 4764
1489	4466, 4514, 4669
1495	4680
1497	4466, 4555
1500	4684, 4696

Allgemeines Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95.

Art.	Nr.
I	4423, 4617, 4678
„ III	4600
„ IV	4423, 4600, 4617, 4753

§§.	Nr.
15	4657
20	4684, 4690, 4728, 4737, 4740
26	4600, 4733, 4787
27	4600, 4733, 4787
29	4423
31	4600
33	4655, 4720, 4739
35	4733, 4739, 4787
36	4733, 4753
38	4655
43	4796
46	4703
52	4728
53	4728
54	4728
55	4728
56	4728
57	4728
58	4728
59	4728
60	4690, 4728
61	4685, 4728, 4757, 4783, 4800
62	4728
63	4728
64	4728
65	4728
66	4685, 4728, 4757
67	4685, 4728
68	4728
69	4728
70	4728, 4757
71	4728
72	4728
73	4728
74	4423
93	4678
94	4819
127	4617, 4816
130	4637, 4675, 4676, 4677, 4678, 4702, 4729, 4796
133	4816

Französisch-italienisches Gesetzbuch.

Art.	Nr.
544	4488
552	4488
625	4488
630	4488
637	4488
686	4488
711	4488
745	4586
767	4586
1582	4488
1583	4488
1607	4488
1832	4488

Allgemeines Handelsgesetzbuch vom 17. December 1862.

Einf.-Gesetz		Art.		Art.	
§§.	Nr.	47	4776	301	4754
16	4582	94	4781	322	4709
21	4753	114	4781	325	4512, 4732,
Art.	Nr.	278	4588		4762, 4797
41	4776	279	4588, 4762	337	4588
42	4776	291	4452		

Wechselordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 51.

Art.	Nr.	Art.	Nr.	Art.	Nr.
23	4484	81	4484	83	4558

Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251.

Jurisdictionsnorm		§§.		§§.	
§§.	Nr.	19	4664	50	4631, 4683
2	4621	29	4455	52	4683
11	4571	37	4471, 4580	54	4447
13	4580, 4664	43	4461, 4512,	56	4484
14	4631, 4664,		4568, 4580,	69	4631
	4784		4658, 4709,	70	4455
16	4580		4732, 4734,	71	4631
17	4812		4762, 4797	72	4782
18	4812	48	4451, 4607,	83	4504
			4774		

Allgemeine Gerichtsordnung.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
11	4557	114	4733, 4754		4665, 4746,
16	4633, 4759	123	4478		4758, 4780,
20	4633, 4821	166	4686		4792
29	4433	179	4513, 4537	208	4498, 4746,
40	4628	187	4708		4749, 4758
59	4781	188	4708	209	4521, 4746
64	4693	190	4818	210	4491, 4746
69	4603	193	4818	211	4746
72	4589	203	4587, 4749	213	4717
104	4439, 4538,	204	4746	223	4743, 4780,
	4749	205	4746		4792
106	4686	206	4553, 4599,	224	4521
110	4493		4746	225	4694
111	4559	207	4551, 4553,	231	4595, 4641
113	4754		4587, 4645,	233	4620, 4813

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
234	4595		4565, 4660,	328	4467
236	4686		4710, 4712,	338	4566, 4606
252	4635		4723, 4754,	339	4787
259	4450, 4539,		4759	341	4713, 4782,
	4565, 4726	300	4602		4810
267	4695	307	4791	342	4487, 4713
283	4490, 4501,	308	4791	343	4436, 4713
	4526	309	4532	384	4819
284	4490, 4501,	310	4532	385	4819
	4526, 4531,	311	4782	386	4819
	4752	314	4782, 4810	387	4719
285	4526, 4531	316	4810	389	4773
292	4713	317	4810	391	4577
293	4561, 4625,	318	4810	406	4433, 4604,
	4713, 4725	322	4464, 4631,		4799
297	4706		4740	425	4724
298	4450, 4548,	323	4631	437	4657

Allgemeine Concursordnung.

§§.	Nr.
6	4484
18	4452, 4643, 4742
27	4484

Concursordnung v. 25. December 1868, R. G. Bl. 1869, Nr. 1.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
7	4487		4711, 4735,	128	4755
29	4727		4752	130	4487
31	4438, 4480	66	4469, 4473,	131	4640
37	4657, 4661		4496, 4503,	134	4487
38	4438, 4487		4591, 4711	137	4746
42	4755	77	4821	142	4506
45	4487, 4755	78	4821	144	4506, 4794
49	4582	91	4506	145	4794
50	4582	93	4506	146	4506, 4794
63	4445, 4469,	94	4506	147	4506, 4794
	4473, 4479,	97	4496	148	4794
	4496, 4591,	124	4821	154	4496, 4503
		127	4755		

Westgalizische Gerichtsordnung.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
11	4557	22	4621	40	4440
21	4621	25	4433	50	4781

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
57	4693	281	4498, 4746, 4749, 4758		4565, 4710, 4712
65	4603	282	4521, 4746	400	4602
72	4589	283	4491, 4746	408	4791
170	4439, 4538, 4749	284	4746	409	4532, 4791
172	4686	287	4717	410	4532
176	4493	297	4743, 4792	411	4782
178	4439, 4489, 4538	298	4521	415	4782, 4810
179	4559	299	4694	417	4810
181	4754	305	4595, 4641	418	4810
182	4733, 4754	307	4620, 4813	426	4464, 4631, 4740
193	4478	309	4595	428	4631
221	4576	311	4686	436	4467
238	4686	339	4450, 4539, 4565, 4723, 4726, 4780	438	4441
251	4513, 4536	350	4695	451	4566, 4606
259	4708	359	4635	452	4787
260	4708, 4775	374	4490, 4501, 4526, 4531	453	4782, 4810
262	4818	376	4490, 4501, 4526, 4531, 4752	454	4713
265	4818	377	4526	455	4487, 4713
275	4587, 4749	387	4713	456	4436, 4643, 4713, 4742
276	4746	388	4561, 4625, 4713, 4725	505	4819
277	4746	393	4706	507	4819
278	4552	396	4660	508	4719
279	4553, 4599, 4746	397	4754, 4759	510	4773
280	4551, 4553, 4587, 4645, 4665, 4746, 4758, 4780, 4792	398	4450, 4548,	512	4577
				528	4722
				539	4433, 4604, 4799
				558	4724
				575	4657

Gesetz über das Ausgleichsverfahren bei Zahlungseinstellungen protokollirter Handels- und Gewerbsleute vom 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 97.

§.	Nr.
37	4735

Gesetz über den summarischen Civilproceß vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
7	4607	41	4751	49	4658
26	4658	44	4751	50	4658
32	4665	45	4692, 4695	51	4698
37	4510	46	4571	55	4450
38	4641				

Gesetz über das Verfahren in possessorio summarissimo vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12.

Nr. ...4424, 4443,	Nr. ...4472, 4483,	Nr. ...4760, 4769,
4444, 4448,	4540, 4691,	4774, 4788,
4463, 4468,	4714, 4721,	4803, 4806

Gesetz über das Verfahren in Wechselsachen vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52.

§.	Nr.
14	4752

Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
2	4720	122	4505	138	4614
19	4470	125	4707	145	4630
23	4614	126	4707	158	4701
65	4513	127	4625	174	4601
66	4513	137	4614	226	4747
67	4513				

Geschäftsordnung vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81.

§. 156 ..... Nr. 4584
§. 172 ..... Nr. 4600
§. 188 ..... Nr. 4584

Provisorische Civilproceßordnung für Ungarn.

Einführungsverordnung Art. VIII 4678

Strafgesetz vom 27. Mai 1852.

§. 491 ..... Nr. 4659
§. 496 ..... Nr. 4446, 4659

Strafproceßordnung vom 29. Juli 1853.

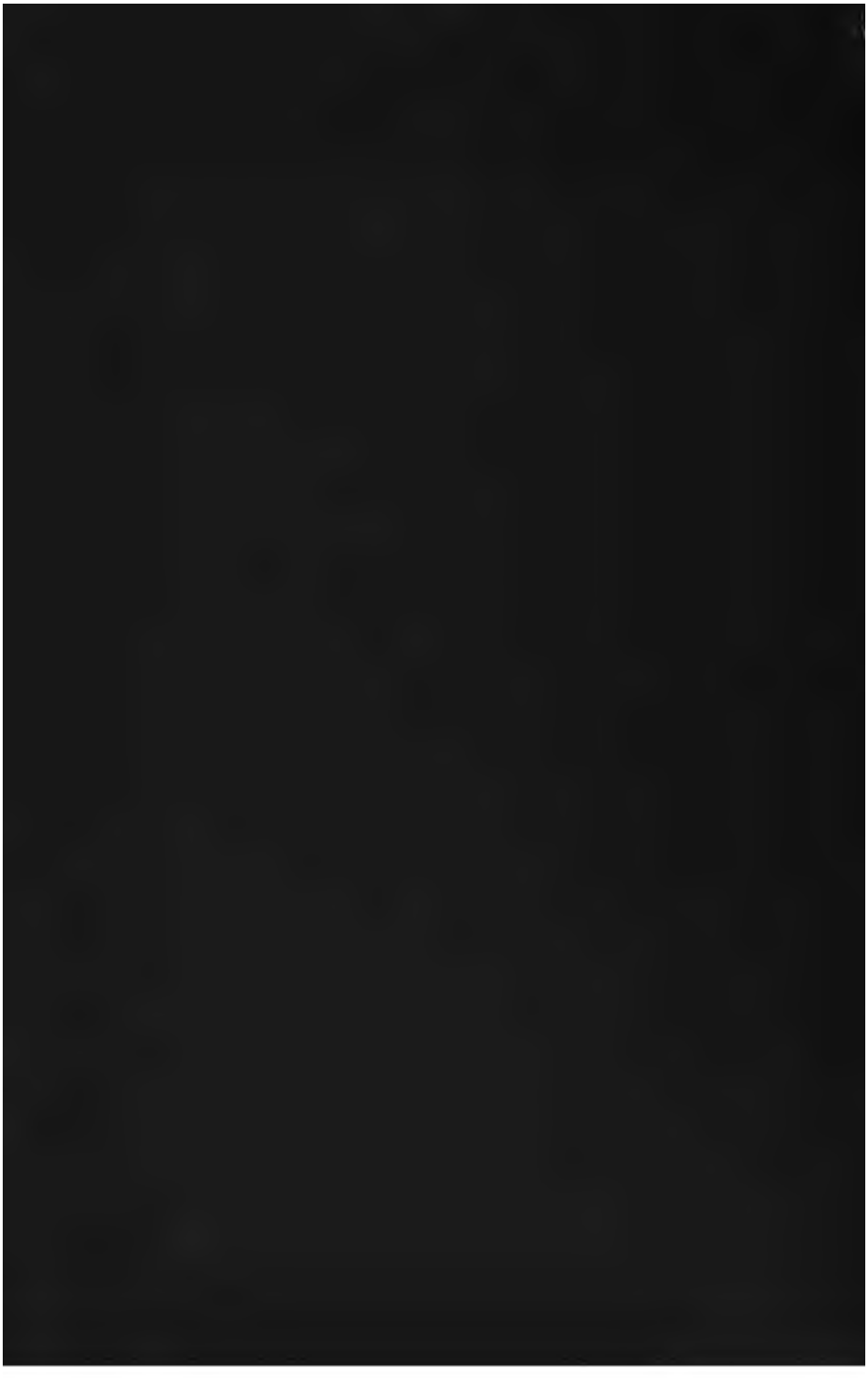
§. 363 ..... Nr. 4631, 4693

Strafproceßordnung vom 23. Mai 1873.

§. 373 ..... Nr. 4631, 4693

Jahr		Nr.
1782	April 5. J. G. S. Nr. 41	4635
—	Dec. 6. J. G. S. Nr. 105	4773
1783	Mai 28. J. G. S. Nr. 139	4570
—	Aug. 25. J. G. S. Nr. 179	4651
1784	Juni 14. J. G. S. Nr. 306	4555
—	Sept. 11. J. G. S. Nr. 336	4821
—	Sept. 27. J. G. S. Nr. 341	4537
1785	April 7. J. G. S. Nr. 405	4443
—	April 18. J. G. S. Nr. 409	4565, 4726
—	Oct. 6. J. G. S. Nr. 477	4481
—	Oct. 31. J. G. S. Nr. 489	4522, 4584, 4603, 4643
—	Nov. 14. J. G. S. Nr. 495	4651
1786	Sept. 18. J. G. S. Nr. 577	4450
1787	Jän. 15. J. G. S. Nr. 620	4633, 4708
—	Jän. 15. J. G. S. Nr. 621	4589
—	März 1. J. G. S. Nr. 636	4779
—	Sept. 13. J. G. S. Nr. 719	4576
—	Nov. 12. J. G. S. Nr. 745	4484
—	Oct. 30. J. G. S. Nr. 911	4641
—	Dec. 10.	4786
1789	Febr. 26. J. G. S. Nr. 977	4772
—	April 25.	4786
1789	Juni 4. J. G. S. Nr. 1015	4693
—	Febr. 18.	4586
—	Mai 18. J. G. S. Nr. 23	4577
—	Juli 1. J. G. S. Nr. 31	4434, 4443, 4522, 4651
1792	April 26. J. G. S. Nr. 10	4620
—	August 31. J. G. S. Nr. 43	4441
—	Sept. 27. J. G. S. Nr. 53	4522
—	Oct. 5. J. G. S. Nr. 57	4478
1793	März 27. J. G. S. Nr. 95	4738
1795	März 5. J. G. S. Nr. 222	4620
1797	Oct. 27. J. G. S. Nr. 385	4782, 4810
1799	März 2. J. G. S. Nr. 459	4443
1800	Febr. 4. J. G. S. Nr. 493	4602
1802	Oct. 15. J. G. S. Nr. 579	4537
1805	Februar 10. (Verfassung der deutschen Volksschulen) Polit. G. S. Franz I. 21. Bd. Nr. 21	4786
—	Juni 22. J. G. S. Nr. 735	4470
1806	Oct. 24. J. G. S. Nr. 789	4450
1808	Sept. 16. Piller'sche Gesetzsg. Nr. 139	4696
1809	Febr. 8. J. G. S. Nr. 882	4533
1810	Juli 20. J. G. S. Nr. 906	4441

Jahr		Nr.
1810	Nov. 30. Krop.-Goutta G. S. Franz I. Bd. 28. S. 492	4686
1812	Dec. 31. Pol. G. S. Franz I. 39. Band Nr. 77	4438, 4564, 4618, 4687
1818	Dec. 31. J. G. S. Nr. 1531	4772
1819	Aug. 23. J. G. S. Nr. 1595	4621
—	Nov. 5. J. G. S. Nr. 1621 ...	4713, 4714
1820	Juni 23. J. G. S. Nr. 1669 ..	4656, 4697, 4715
—	Nov. 7. J. G. S. Nr. 1714	4607
1821	März 6. J. G. S. Nr. 1743	4688
—	Mai 26. J. G. S. Nr. 1763	4535
1823	Jän. 25. J. G. S. Nr. 1921	4643
1824	Sept. 2. J. G. S. Nr. 2039	4772
1825	Sept. 16. J. G. S. Nr. 2132 ...	4438, 4477, 4480, 4564, 4618, 4687
1828	Sept. 18. Nr. 21870	4772
1833	Febr. 15. J. G. S. Nr. 2593 ..	4430, 4530, 4542, 4615, 4623, 4711, 4714, 4771
—	Oct. 4. J. G. S. Nr. 2633 ..	4495, 4706, 4724
1835	Juni 22. J. G. S. Nr. 42	4560
—	Juli 11. (Staats-Monopolsordnung).	4562
1836	Jän. 4. J. G. S. Nr. 113	4477
1836	Febr. 1. J. G. S. Nr. 120	4817
—	Juni 22. J. G. S. Nr. 145	4671
1839	Mai 7. J. G. S. Nr. 358	4450, 4487, 4548, 4565, 4710, 4712, 4754, 4759
—	Nov. 19. J. G. S. Nr. 388	4649
1840	Febr. 14. J. G. S. Nr. 409	4480
—	Juli 26. J. G. S. Nr. 457	4795
—	Aug. 4. J. G. S. Nr. 460	4455
1841	März 27. J. G. S. Nr. 518	4746
—	April 19. J. G. S. Nr. 518	4640
—	Mai 11. J. G. S. Nr. 535	4562
1842	April 26. J. G. S. Nr. 610	4552
—	Sept. 26. J. G. S. Nr. 642	4595
1844	Jän. 19. J. G. S. Nr. 776	4535
—	Jän. 24. J. G. S. Nr. 778	4575
—	Jän. 31. J. G. S. Nr. 781	4525
—	Sept. 18. J. G. S. Nr. 830	4576
—	Oct. 13. J. G. S. Nr. 840	4562
1845	Febr. 13. J. G. S. Nr. 868	4576
—	März 14. J. G. S. Nr. 883	4484
—	Mai 29. J. G. S. Nr. 888	4601
—	Mai 29. J. G. S. Nr. 889 ...	4546, 4624,

Jahr		Nr.
		4648, 4671, 4772, 4784, 4789
1846	Febr. 18. J. G. S. Nr. 935	4749
—	März 27. J. G. S. Nr. 951	4626
—	April 29. J. G. S. Nr. 957	4571
—	Juli 16. J. G. S. Nr. 970	4802
—	Mai 6. J. G. S. Nr. 1063	4441
—	Mai 22. J. G. S. Nr. 1065	4722
1848	Mai 21. J. G. S. Nr. 1152	4596
—	Juni 2. J. G. S. Nr. 1157	4596
—	Sept. 7. J. G. S. Nr. 1180	4423, 4786
—	Dec. 15. R. G. Bl. 1869 Nr. 28	4786
1849	Aug. 16. R. G. Bl. Nr. 364	4741
—	Oct. 10. R. G. Bl. Nr. 412	4593
—	Oct. 29. R. G. Bl. Nr. 439	4438
1850	Febr. 9. R. G. Bl. Nr. 50	4727, 4747
—	Mai 3. R. G. Bl. Nr. 181	4480
—	Juli 5. Nr. 7730	4441
—	Aug. 7. R. G. Bl. Nr. 325 (Organisation des obersten Gerichts- und Cassationshofes)	4772
—	Nov. 29. R. G. Bl. Nr. 462	4562
1852	März 23. R. G. Bl. Nr. 77	4488
—	Mai 12. R. G. Bl. Nr. 112	4465, 4819
1852	Sept. 4. Nr. 30830	4795
1853	Oct. 29. R. G. Bl. Nr. 236	4639
1854	April 20. R. G. Bl. Nr. 96	4696
—	April 22. R. G. Bl. Nr. 101	4777
—	Mai 23. R. G. Bl. Nr. 146 (Berggesetz)	4572
—	Sept. 14. R. G. Bl. Nr. 238	4502, 4708, 4775
1855	Mai 21. R. G. Bl. Nr. 94	4573
—	Mai 21. R. G. Bl. Nr. 95	4609, 4710, 4712, 4736
—	Juni 29. R. G. Bl. Nr. 117	4488
—	Nov. 2. R. G. Bl. v. J. 1856 Nr. 1	4586
—	Nov. 7. Nr. 9671	4499
1856	Mai 19. R. G. Bl. Nr. 83	4642
1857	Aug. 14. L. G. Bl. Nr. 153	4455
—	Oct. 10. R. G. Bl. Nr. 190	4455
1858	April 27. R. G. Bl. Nr. 63	4596
—	Juni 30. R. G. Bl. Nr. 100	4423
—	Nov. 16. R. G. Bl. Nr. 213	4471, 4476, 4536, 4567, 4585, 4672, 4719, 4730, 4822
1859	Juli 5. R. G. Bl. Nr. 122	4817
—	Juli 18. R. G. Bl. Nr. 130	4450, 4539, 4548, 4565, 4575, 4609, 4712, 4723, 4726, 4736, 4763

Jahr		Nr.
1860	Sept. 19. R. G. Bl. Nr. 212	4464
1862	Oct. 27. R. G. Bl. Nr. 87.....	4575
1863	Dec. 29. Nr. 25293	4708
1864	April 16. L. G. Bl. für Böhmen Nr. 7 (Gemeindeordnung).	4540
—	Mai 11. L. G. Bl. f. Böhmen Nr. 20 (Bauordn.)..4540,	4572
1866	Jän. 6. L. G. Bl. für Galizien Nr. 1..	4482
—	Oct. 3. R. G. Bl. Nr. 116	4422
1867	Dec. 21. R. G. Bl. Nr. 142	4656
—	Dec. 21. R. G. Bl. Nr. 144	4772
1868	Mai 3. R. G. Bl. Nr. 33	4594
—	Mai 6. Nr. 5003..	4508
—	Mai 25. R. G. Bl. Nr. 47	4623
—	Juni 14. R. G. Bl. Nr. 62 4515,	4516, 4518
—	Juni 27. R. G. Bl. Nr. 79	4586
—	Juli 6. R. G. Bl. Nr. 96 (Advocaten-Ordnung)...4454,	4495, 4577, 4741, 4773, 4817
—	Nov. 1. L. G. Bl. für Galizien.....	4768
—	Dec. 31. R. G. Bl. 1869 Nr. 3	4621
1869	Jän. 9. R. G. Bl. Nr. 8	4744
—	Febr. 6. R. G. Bl. Nr. 18 4423,	4465, 4819
—	April 3. R. G. Bl. Nr. 43	4482
—	April 18. R. G. Bl. Nr. 44 4656,	4715
—	Mai 30. R. G. Bl. Nr. 93 (Wasserrechts-gesetz).....4541,	4697, 4806
1870	Aug. 28. L. G. Bl. f. Niederösterr. Nr. 56 (Wasserrechtsgesetz)	4697, 4806
—	Aug. 28. L. G. Bl. für Böhmen Nr. 71 (Wasserrechtsgesetz).	4541
1871	Febr. 24.	4610
—	Juli 25. R. G. Bl. Nr. 75 (Not.-Ordn.)	4563, 4573, 4575, 4654, 4815
—	Juli 25. R. G. Bl. Nr. 76.....4563,	4654, 4815
—	Juli 25. R. G. Bl. Nr. 96.....4423,	4226, 4644
—	Oct. 4. Nr. 11200	4644
—	Dec. 19. Nr. 14224	4644
1872	März 29. R. G. Bl. Nr. 39 4708,	4775
—	Juli 22. R. G. Bl. Nr. 112	4790